

علماً وعملاً

طبيعة وتعريف الشفعة - تحقق الشفعة بتوافر
سببها واجتماع شروطها - إجراءات الشفعة -
مسقطات الشفعة - آثار الشفعة

دكتور

نبيل ابراهيم سعد

أستاذ القانون المدنى
بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامى لدى محكمة النقض

١٩٩٧

الناشر
منشأة المعارف بالإسكندرية
جلال حزى وشركاه

الناشر : منشأة المعارف بالاسكندرية

جلال حزى وشركاه

٤٤ ش سعد زغلول الاسكندرية تليفون / فاكس : ٤٨٣٣٣٠٣

إهـــداء

إلي كل من إشتغل بالعلم وإهتم بالعمل ....

إلي حراس العدل ومقيمي العدالة ....

إلي السادة الزملاء من رجال الفقه والقضاء والمحاماة ....

وعلي الأخص إلي أساتذتنا من جيل الرواد في الدراسات القانونية الجادة ...

رمز مودة ووفاء وإعزاز وتقدير ...

المؤلف

قائمة بأهم المراجع :

١ - إسماعيل غانم : الحقوق العينية الأصلية - الجزء الثانى - ١٩٦١.

٢ - حسن كيرة : الموجز فى أحكام القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها - منشأة المعارف - ١٩٩٥.

٣ - رمضان أبو السعود : الوسيط فى الحقوق العينية الأصلية - الدار الجامعية - بيروت - ١٩٨٩.

٤ - شفيق شحاته : شرح القانون المدنى الجديد - القسم الأول - النظرية العامة للحق العينى - ١٩٥١.

٥ - عبد الرزاق أحمد السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء التاسع - أسباب كسب الملكية - دار النهضة العربية - ١٩٦٨.

٦ - عبد الفتاح عبد الباقى : دروس فى الأموال ٠ ١٩٥٩.

٧ - عبد المنعم البدراوى : شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية - ١٩٥٦.

٨ - .... : حق الملكية - ١٩٧٣.

٩ - عبد المنعم فرج الصدة : الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٧٨.

١٠ - عزت محمد حنورة : نظرية الشفعة فى القانون المصرى ٠ ١٩٨٧.

١١ - محمد على عرفة : شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية - الجزء الثانى - أسباب كسب الملكية - ١٩٥٥.

١٢ - محمد كامل مرسى : شرح القانون الجديد ، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثالث ، أسباب كسب الملكية - الإستيلاء وا لإلتصاق والشفعة - ١٩٤٩.

١٣ - محمد لبيب شنب : موجز فى الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٧٤.

١٤ - محمود جمال الدين زكى : الحقوق العينية الأصلية - ١٩٧٨.

١٥ - مصطفى الجمال : نظام الملكية - ١٩٦٨.

١٦ - منصور مصطفى منصور : حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ١٩٦٥.

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

تكمن معضلة الشفعة فى أنها تمثل قيداً خطيراً على حرية التصرف، وحرية التملك، وحرية التعاقد : فبمقتضاها يجد المشترى نفسه مجبراً على التخلى عن العقار الذى إشتراه، ويجد البائع نفسه طرفاً فى عقد مع شخص آخر غير الذى أراد البيع له، ويجد الشفيع نفسه طرفاً فى عقد لم يناقش شروطه ولم يشترك فى إنعقاده . وقد كان لهذه الطبيعة إنعكاساً واضحاً وعميقاً على أحكام الشفعة، فأحاطها المشرع بمجموعة من القيود الموضوعية والقيود الإجرائية مما أدى ذلك إلى تعقيدات كثيرة فى العمل. ولذلك كانت الشفعة مجالاً خصباً لقضاء غزير وثرى. فمنذ زمن طويل حاول القضاء جاهداً ، مستعيناً فى ذلك باجتهادات الفقه القيمة، وضع الضوابط اللازمة لاستعمال هذا « الحق » ، كما أنه رشد، فى الغالب من الأحوال، الكثير من الجزاءات الإجرائية القاسية التى نص عليها المشرع فى هذا المجال.

وقد شغلت الشفعة حيزاً كبيراً من إهتمامنا منذ زمن بعيد مما جعلنا نتابع عن كثب مايجرى فى العمل للوقوف على الصعوبات والمشاكل التى تشغل بال القضاة والمتقاضين. وعلى ضوء كل ذلك، وقر فى إعتقادنا أن الأسلوب الأمثل لدراسة الشفعة يجب أن تكون مادتها العلمية الأولية والأساسية أحكام القضاء. ولذلك حرصت كل الحرص على الإهتمام بدراسة وتحليل الأحكام القضائية الصادرة فى مجال الشفعة مع مزجها بإجتهادات الفقهاء لتتكامل هذه الدراسة وتكون خير معين لفهم أحكام الشفعة، وبالتالى التغلب على الصعاب والمشاكل التى تعرض فى هذا المجال.

وقد عمدت إلى تقديم هذه الدراسة إلى الزملاء المشتغلين فى الحقل القانونى لتكون بمثابة دعوة للإعتصام بحبل القانون المتين والتحصن بالدراسة

القانونية الجادة لمواجهة النمط العام السائد للحياة المعاصرة، الذى يتسم بالخفة والتسرع [1] للمحافظة على تراثنا القانونى العريق الذى نباهى به الأمم سواء فى عالمنا النامى أو المتقدم.

وبهذه المناسبة، فإننا نسجل بالغ تقديرنا لمحكمتنا العليا، محكمة النقض، على ماتقوم به من مجهود رشيد ووافر فى سبيل تفسير وتطبيق القانون. وإننا لنتمنى على المكتب الفنى أن يتابع نشر الأحكام الحديثة للمحكمة أولاً بأول حتى يتسنى للفقه المتابعة المستمرة والدراسة المتأنية لهذه الأحكام ومحاولة تحليلها حتى يثمر هذا التفاعل بين الفقه والقضاء ثمرته المرجوة كما هو الشأن فى جميع بلدان العالم المتقدم.

---

(١) والذى أفرز ظاهرة الكتب القانونية « التجارية » إن جاز لنا إستخدام هذا التعبير.

مقدمة

١ - تعريف الشفعة والحكمة من تقريرها :

الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى أحوال معينة إذا توافرت الشروط التى نص عليها القانون. (م ٩٣٥ مدنى مصرى) [١].

فالشفعة تعتبر إذاً مصدراً من مصادر الحقوق العينية العقارية. ولذلك فهى تصلح سبباً لاكتساب الملكية والإنتفاع والحكر، أما الإرتفاق حيث أنه لايتصور بيعه مستقلاً عن العقار المرتفق لذلك فإن الشفعة لاتصلح سبباً لاكتسابه مستقلاً، وإنما تؤدى الشفعة فى بيع العقار المرتفق (المخدوم) إلى اكتساب الشفيع لحق إرتفاق مقرر له بالتبعية لاكتساب ملكية هذا العقار.

والحكمة من وراء تقرير الشفعة هى الرغبة فى دفع الضرر المتوقع للشفيع فى حالة ما إذا اتصل ملكه بالعقار المبيع. كما أن للشفعة فوائدها الاقتصادية أيضاً فى حالة إذا ما أدت إلى جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الإنتفاع [٢] أو الحكر، أو إنهاء الشيوع فى حالة بيع الشريك المشتاع حصته الشائعة لأجنبى. لكن مما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أنه لايلزم لثبوت الشفعة أن يتحقق الضرر فعلاً، كما أن إنتفاء الحكمة من تقرير الشفعة لاينفى قيامها حيث أن الشفعة تثبت بتوافر أحد أسبابها وشروط الأخذ به.

أما الحكمة من وراء تقريرها تكون فقط بمثابة الهادى المنير للقاضى عند تفسير أحكامها وتطبيقها.

---

(١) وقد استمد المشرع أحكام الشفعة من الفقه الإسلامى، ولذلك يعتبر الفقه الإسلامى مصدراً تاريخياً لها يجب الرجوع إليه عند تفسير هذه الأحكام بشرط عدم التعارض مع المبادئ العامة فى القانون حتى يحفظ النظام القانونى بانسجامه وتناسقه. ويلاحظ أن نظام الشفعة معروف فى بعض القوانين الأخرى كالقانون الألمانى والأسبانى.

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص٣٤٣.

والشفعة إذ تؤدى إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشترى. فإنها لذلك تعتبر قيداً على حرية التصرف وحرية التعاقد على خلاف الأصل والقياس، فمن الأصول الشرعية الثابتة أن مال الإنسان لاينتزع منه إلا برضاه ولذلك يجب عدم التوسع فيها [(1)]. وهذا مايجرنا إلى الحديث عن الطبيعة القانونية للشفعة وهذا هو موضوع الفقرة التالية :

٢ - الطبيعة القانونية للشفعة وأثرها :

يتضح لنا مما سبق أن الشفعة رخصة إستثنائية حيث أنها تؤدى إلى تقييد حرية التصرف وحرية التعاقد، فبمقتضاها يجد المشترى نفسه مجبراً على التخلى عن العقار الذى اشتراه، ويجد البائع نفسه طرفاً فى عقد مع شخص آخر غير الذى أراد البيع إليه. ويجد الشفيع نفسه طرفاً فى عقد لم يناقش شروطه ولم يشترك فى إنعقاده.

وقد كان لهذه الطبيعة القانونية إنعكاساً واضحاً وعميقاً على أحكام الشفعة، فأحاطها المشرع بمجموعة من القيود الموضوعية والقيود الإجرائية.

- فمن القيود الموضوعية التى وضعها المشرع للأخذ بالشفعة : أن جعلها لاتقع إلا على العقارات، كما أن الشفعة غير قابلة للتجزئة، وأجاز للشفيع التنازل عن حقه فى الأخذ بها ولو قبل البيع (م ١/٩٤٨ مدنى)، كما أن المشترى الذى يتوافر فيه شروط الشفعة يفضل على الشفعاء الذين هم فى طبقته (م٣/٩٣٧ مدنى) ومنع المشرع الأخذ بالشفعة إذ وقع البيع بين الأصول والفروع وبين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (م ٩٣٩/ب مدنى).

---

(١) وقد رفضت المحكمة الدستورية العليا الطعن بعدم دستورية نظام الشفعة تأسيساً على أن حق الشفعة ليس فيه خروج على مبدأ المساواة أمام القانون ولايخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذى أقره الدستور فإن النعى بعدم الدستورية يكون غير سديد ، الطعن رقم ٦١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٩/٣/٥ س ٣٠ ع ١ ص ٧٠٨).

– ومن القيود الإجرائية التى وضعها المشرع للأخذ بالشفعة : أن وضع مواعيد يؤدى عدم إحترامها إلى سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة، فأوجب على الشفيع إعلان رغبته خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى وإلا سقط حقه، كما يجب عليه أن يقوم بإيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة المختصة (م ٢/٩٤٢ مدنى) ثم يقوم برفع دعوى الشفعة وقيدها بالجدول فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة (م ٩٤٣ مدنى)، وإذا لم يتم الإنذار ولم يبادر الشفيع بإعلان رغبته فإن حقه فى الأخذ بالشفعة يسقط فى جميع الأحوال إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨/ب مدنى).

– والشفعة على هذا النحو ليست بحق عينى ولا بحق شخصى، فهى طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، كالعقود والميراث، ووضع اليد بدون فرق. ولايتصور أن السبب المكسب للحق العينى يسمى ذاته حقاً عينياً [(١)].

فالشفعة حق من الحقوق الترخيصية أو المنشئة [(٢)] Les droits » -

(١) انظر استئناف وطنى ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ القضاء ص ١٠٧ مشار إليه فى السنهورى، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٦٢ ، ص ٤٤٨ هامش ١.

(٢) لم تأخذ فكرة الحقوق الترخيصية مكانها المناسب فى القانون الوضعى الفرنسى والمصرى، إلا أنها موجودة فى شكل تطبيقات متناثرة فى القانون الوضعى انظر

- Louis Bayer , Les promesses synallagmatigques de vente, Rev. tr- dr civ., 1949, p. 26; no. 27; Rep. civ. 2e éd. - 1976, Vo contrats et conventions, no. 27, ch. Lapp. Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, Thèse strasbourg 1950, no. 20 et 29 - 32, 1. Najjar, le droit d'option, Thèse Paris, 1967.

ومهد فكرة الحقوق الترخيصية هو القانون الألمانى والقانون الإيطالى وقد إنتقلت إلى القانون السويسرى مع بعض التحفظ وتحت إسم " Les droits formateurs " انظر فى ذلك =

« potestatifs » ou « Les droits formateures والحق الترخيصي أو المنشئ،
هو الحق الذى يتوقف نشوؤه على إعلان إرادة من جانب من تقرر له. والحق الترخيصي أو ا لمنشئ، وبصفة خاصة الحق الترخيصي المستقل le droit potestatif autonome يجد مصدره فى المركز القانونى الذى يتواجد فيه صاحبه، ولذلك فهو لايتقرر لأى شخص، لأنه لولا وجود هذا المركز القانونى ماكان لإعلان إرادة من تقرر له أى أثر قانوني. من ذلك أيضاً حق الموجب له فى القبول، حق المسترد فى أن يسترد ا لحصة الشائعة المبيعة ، وحق الموعود له فى عقد الوعد بإعلان رغبته فى إبرام العقد الموعود به .... (١).

= Engel, Traité des obligations en Droit Swiss, Neufchatel 1973, p.p. 31 - 34.

ويقسم الفقه الألمانى والإيطالى هذه الحقوق الترخيصية إلى نوعين :

الحقوق الترخيصية المستقلة أو الذاتية les droits potestatifs autonomes

والحقوق الترخيصية المساعدة les droits potestatifs auxilliaires

ومثال الأولى إعلان الرغبة فى الوعد بالتعاقد، ونحن نضيف إليها الحق فى الأخذ بالشفعة.

ومثال الثانية حق الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود غير محددة المدة، وحق طلب الإبطال لعقد لعيب من عيوب الإرادة أو لنقص الأهلية ، أو حق طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، أو حق إختيار محل الوفاء فى الإلتزامات التخييرية.

ويمكن القول بصفة عامة أن الحقوق الترخيصية هى الحقوق التى تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادتهم المنفردة، وينشأ عنها مركز قانونى جديد منشئ لحقوق والتزامات. وهذه الحقوق لها قيمة مالية.

أما بالنسبة للحقوق الترخيصية المساعدة فإنها ترتبط بمركز عقدى معين أكثر من إرتباطها بشخص معين، ويترتب على ذلك أنها تنتقل بالتبعية لانتقال المركز العقدى المرتبطة به ولايمكن نقلها إستقلالاً عن هذا المركز .

– انظر مؤلفنا فى التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٥، ص ١٤٢ ومابعدها.

(١) انظر فى الفرق بين الرخصة والحق المنشئ السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٦٢ ، ص ٤٤٩ هامش ١ ، ص ٤٥١ هامش ١ ، وانظر فى دراسة مستفيضة لتأصيل الشفعة، أستاذنا الدكتور حسن كيرة، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٠ ، ص ٥٢٤ ومابعدها.

فالحق فى الأخذ بالشفعة، باعتباره حقاً ترخيصياً [1]، يعبر عن مكنة إختيارية تتقرر فى حالة بيع عقار - يسمى بالعقار المشفوع فيه، لشفيع عين القانون أحواله، وجعله يشفع بعقار آخر يملكه وقت الشفعة - ويسمى بالعقار المشفوع به - ليحل محل المشترى - ويسمى بالمشفوع منه - إذا توافرت شروط معينة كما سوف نرى.

٣ - خطة الدراسة :

سنقسم دراستنا للشفعة إلى أربعة مباحث ، الأول : نتكلم فيه عن تحقق الشفعة لقيام سبب من أسبابها وتوافر شروطها، الثانى : نبين فيه إجراءات الشفعة، الثالث : نكشف فيه عن مسقطاتها، والرابع : نقف فيه على آثارها.

---

(١) قارن عزت محمد حنورة، نظرية الشفعة فى القانون المصرى ١٩٨٧ ، فقرة ٨ ، ص ١٩، حيث يرى أن مكنة طلب الأخذ بالشفعة هى حق من الحقوق المالية، ولكنه ليس بالحق العينى أو الحق الشخصى وإنما هو حق من نوع خاص.

المبحث الأول : تحقق الشفعة

فى هذا المبحث نبين أسباب الشفعة، ثم نحدد الشروط الواجب توافرها للأخذ بالشفعة.

المطلب الأول : أسباب الشفعة

فى هذا المطلب نتناول، أولاً، بيان الشفعاء وطبقاتهم، ثم نبين بعد ذلك كيفية فض التزاحم بينهم.

أولاً : بيان الشفعاء وطبقاتهم :

تنص المادة ٩٣٦ مدنى مصرى على أن « يثبت الحق فى الشفعة :

(أ) لمالك لرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه.

(ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى.

(جـ) لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

(د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

١ - إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى.

٢ - إذا كان للأرض المبيعة حق إرتفاق على أرض الجار، أو كان حق الإرتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣ - إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل ».

هؤلاء هم الشفعاء على حسب الترتيب الذى أورده المشرع. وهذا الترتيب له أهمية عند المفاضلة بين الشفعاء فى حالة تزاحمهم كما سنرى فيما بعد

ومما تجدر ملاحظته هنا أن الشفعة ثبتت لهؤلاء الشفعاء لوجودهم فى مركز قانونى معين يعبر فى الغالب عن إتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع على نحو معين، اتصال شركة بالمعنى الواسع، أو اتصال جوار.

وعلى ضوء هذه النصوص سنعرض لكل سبب من أسباب الشفعة بحسب الترتيب السابق .

١ - شفعة مالك الرقبة فى حق الإنتفاع

تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه (م ٩٣٦/ أ مدنى مصرى)، فالشفعة فى هذه الحالة ليست سبباً لكسب الملكية، بل هى سبب لكسب حق الإنتفاع، ويصبح بها الشفيع مالكاً ملكية تامة.

والحكمة من تقرير حق الشفعة فى هذه الحالة هى أنها تؤدى إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الإنتفاع إلى الرقبة فتجتمع للمالك سلطاته على الشئ ولهذا فوائده الاقتصادية غير المنكورة.

والمقصود بحق الإنتفاع الملابس، أنه الحق الذى يقع على ملكية الرقبة التى تكون ثابتة للشفيع، بحيث إذا اجتمع الحقان تنتهى تجزئة الملكية، وهذا الفرض نادر الحصول فى العمل.

وتثبت الشفعة لمالك الرقبة ولو كان حق الإنتفاع لعدة شركاء على الشيوع، وباع أحدهم حصته الشائعة، ولو كان البيع لأحد الشركاء الآخرين[1]

---

(١) « مفاد نص المادتين ٩٣٦ ، ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة - فى بيع حق الإنتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ماكان لمالك الرقبة أن يشفع فى بيع حق الإنتفاع إذ هو ليس =

إذ أن الشفعة كما تثبت فى كل حق الإنتفاع الملابس تثبت أيضاً فى بعضه (م ٩٣٦ / أ مدنى مصرى).

ويجوز لمالك الرقبة أن يطلب الشفعة إذا بيع حق الإستعمال أو حق السكنى، فى الأحوال التى يجوز فيها البيع (م ٩٩٧ مدنى) وذلك تطبيقاً لنص المادة ٩٩٨ مدنى والتى تقضى بأنه « فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الإنتفاع على حق الإستعمال وحق السكنى متى كانت لاتتعارض مع طبيعة هذين الحقين » [١].

٢ – شفعة الشريك فى الشيوع

وهنا سنعرض للقاعدة والحكمة من تقريرها، ثم نبين الشروط الواجب توافرها لتثبت الشفعة للشريك فى الشيوع.

(أ) القاعدة والحكمة من تقريرها :

تثبت الشفعة فى المرتبة الثانية للشريك فى الشيوع، إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى (م ٩٣٦ / ب مدنى).

والحكمة من تقرير الشفعة فى هذه الحالة، هى منع دخول أجنبى بين الشركاء فى العقار الشائع[٢]. كما أن الشفعة تقوم فى هذه الحالة على إعتبارات

= شريكاً مشتاعاً ولا جاراً مالكاً وتحقيقاً لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند مزاحمتهم له فى الشفعة فى بيع حق الإنتفاع الملابس للرقبة التى يملكها » . نقض ١٩٧٩/١٢/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، ع ٣ ، ص ٢٦١.

(١) إسماعيل غانم ، ص ٦٧ ، منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٢٩ ، ص ٣١٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٧ ، ص ٣٥٠ ، حسن كيرة، فقرة ٣٠٨ ، ص ٥٤١.

(٢) وهو نفس الإعتبار الذى تقرر من أجله رخصة الإسترداد عند بيع حصة شائعة لأجنبى فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال (م ٨٣٣ مدنى) انظر للمؤلف الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٤٧ ومابعدها.

اقتصاد وقانونية، وهى الحد من تعدد الشركاء ومايترتب عليه من تعقيد للأمور وزيادة فى المنازعات بين الشركاء مما يكون له أثره الواضح على إدارة وإستغلال الشئ الشائع، علاوة على أن الشفعة قد يترتب عليها فى هذه الحالة إنهاء حالة الشيوع، وهو هدف يسعى ويشجع عليه القانون.

(ب) شروط الأخذ بالشفعة :

وهذه الشروط تدور حول الشريك الذى له الحق فى الأخذ بالشفعة، والبيع الذى بمقتضاه يتم الأخذ بالشفعة.

- فبالنسبة للشريك الذى له الحق فى الأخذ بالشفعة، فيجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية :

١ - يجب أن يكون الشفيع شريكاً على الشيوع فى العقار الذى بيعت حصة منه نفسه، وعلى ذلك فلا يجوز للشريك فى الحائط الفاصل بين ملكه والعقار المبيع أن يشفع بوصفه شريكاً لأنه ليس شريكاً فى العقار المبيع ذاته[١]. ولكن قد يكون له الحق فى الأخذ بالشفعة على أساس الجوار إذا توافرت شروطه. كما أنه لايجوز للشريك فى مجرى مشترك معد للرى [٢]، أو فى

---

(١) ويرى أستاذنا الدكتور حسن كيرة إجراء نفس الحكم فى حال الدار المقسمة إلى طبقات أو شقق مملوك كل منها ملكية مستقلة إذا بيعت طبقة أو شقة منها، فلا يجوز لمالك طبقة أو شقة أخرى من الشفعة فى الطبقة أو الشقة المبيعة إستناداً إلى ملكيته فى ملكية الأجزاء المشتركة من الدار إذ هو ليس شريكاً فى ملكية الطبقة أو الشقة المبيعة، فقرة ٣١١ ،٥٤٨ ، ٥٤٩ وانظر عكس ذلك. محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢٤٢، ص ٤٣٤ ، السنهورى، الوسيط ، جـ ٩ ، فقرة ١٨٥ ، ص ٥٦٩ ، ٥٧٠ ، محمود جمال الدين زكى، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٧٨، فقرة ٢٤٠ ، ص ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، عزت حنورة، نظرية الشفعة فى القانون المصرى، فقرة ٤٧ ، ص ٨٣ - ٨٥.

(٢) نقض ١٩٥٦/١٢/٢٠ ، الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٢٣ ، مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ١٠١٦.

فناء مشترك أو فى طريق مشترك بين عقارين أن يشفع فيهم بوصفه شريكاً لأن حقه الشائع يقتصر عليهم فقط، ولكن يجوز لهم طلب الشفعة على أساس الجوار إذا توافرت شروطه (١).

٢ – يجب أن يكون الشفيع شريكاً فى الشيوع وقت البيع، على ذلك لا تثبت الشفعة لمن اشترى حصة من أحد الشركاء بعقد غير مسجل إذ الملكية لا تنتقل إليه إلا بالتسجيل (٢). كما لا تثبت الشفعة لمن اشترى جزءً مفرزاً من أحد الشركاء ولو سجل عقده لأن هذا العقد غير نافذ فى مواجهة باقى الشركاء وبالتالى لايعتبر شريكاً معهم فى الشيوع (٣). وسنعود لهذا الموضوع فيما بعد. وعلى ذلك فإنه لكى يبقى للشريك البائع حق الأخذ بالشفعة يشترط أن يكون مالكاً لما يشفع به وقت بيع العقار وأن يبقى مالكاً له إلى حين تمام الأخذ بالشفعة ولا يؤثر فى ذلك إحتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع فيه (٤).

وكذلك لا تثبت الشفعة إذا انقضى الشيوع لأى سبب من الأسباب ثم بيع جزء من عقار كان يدخل فيه ولذلك قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان ماانتهى إليه الحكم من تكييف المحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٨١، ص ٥٤٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٠، ص ٣٦١، إسماعيل غانم، ٦٧، حسن كيرة، فقرة ٣١١، ص ٥٤٨، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٨، ص ٣٥١، ٣٥٢.

(٢) نقض ١٩٥٦/١٢/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ٧ ص ٩٨٦، ١٩٥٧/٢/٧، س ٨ ص ١٤٣، ١٩٧٣/١١/٢٤، س ٢٤ ص ٣٢٩، ١٩٨١/١١/٢٩، س ٣٢ ص ٢٣٤١، ١٩٨٦/١/٣٠، الطعن رقم ١٩٦٧ لسنة ٥٢ ق.

(٣) انظر مؤلفنا فى الحقوق العينية الأصلية السابق الإشارة إليه: ص ١٦١ ومابعدها، وانظر نقض ١٩٥٠/١١/٣٠، طعن رقم ٤٨، سنة ١٩ ق، ١٩٥٣/٦/٢٥ طعن رقم ٣٢٥ سنة ٢٠ ق.

(٤) انظر نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ طعن رقم ٩٧ سنة ١٣، ١٩٧٩/٣/٥، س ١٤٣٠ ص ٧٠٨.

مؤقتة هو تكييف صحيح تؤدى إليه عبارة العقد، ثم رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الشريك المتقاسم فى الأخذ بالشفعة فإنه لايكون قد خالف القانون»[1].

- بالنسبة للبيع الذى بمقتضاه يتم الأخذ بالشفعة، فإنه يجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية :

١ - يجب أن يكون البيع لأجنبى، ولذلك إذا باع أحد الشركاء حصته إلى شريك آخر، فلا يجوز لأى من باقى الشركاء طلب الشفعة، وهذا الشرط بذاته يكشف بجلاء عن الحكمة من تقرير الشفعة فى هذه الحالة.

٢ - يجب أن يكون البيع لحصة شائعة، وهذا الشرط مرتبط بسابقه، إذ فى هذه الحالة يكون البيع صحيحاً ونافذاً فيما بين الطرفين وبالنسبة لباقى الشركاء ويترتب عليه أن يصبح المشترى شريكاً معهم دون التوقف على موافقتهم، لذلك فتح لهم باب الشفعة لتجنب هذه النتيجة.

- أما بالنسبة لبيع الحصة المفرزة فقد ثار الخلاف بصدده.

فذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا التصرف يعتبر صحيحاً كتصرف فى حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه. على أساس أن المتصرف إليه لا يمكن أن يكون له حقوق أكثر من سلفه وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة[2]. ويترتب على ذلك أن يصبح المشترى شريكاً لأن نص المادة ٩٣٦ مدنى يثبت الشفعة للشريك فى الشيوع إذا بيع « شئ » من العقار الشائع وهذا التعبير كما يصدق على بيع الحصة الشائعة يصدق على بيع الجزء المفرز [3].

---

(١) نقض ١٩٦٩/١١/٦ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ص ١١٦٤. قارن نقض ١٩٩٤/١٠/١٩ الطعن رقم ٥٤٢٤ لسنة ٦٣ ق.

(٢) أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع والمقايضة، ١٩٩٢، فقرة ٤١٤ ص ٣٩٨ ، عبد المنعم البدراوى، الحقوق العينية الأصلية، فقرة ١٣٢ ، ص ١٦٢.

(٣) محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢٣٥ ص ٤١٢، عبد الفتاح عبد الباقى، دروس فى الأموال،=

ويذهب رأى آخر، وهو الذى نؤيده، إلى أنه إذا كان بيع الجزء المفرز صحيحاً نافذاً فيما بين الطرفين، لكن هذا لن يكفى لإجازة الشفعة فيه حيث أن هذا البيع غير نافذ فى مواجهة باقى الشركاء وبالتالى لايعتبر المشترى شريكاً مع شركاء البائع ولذلك تنتفى الحكمة من إعطاء باقى الشركاء الشفعة فى هذه الحالة[1].

وقد ذهبت محكمة النقض إلى إعتناق الرأى الأول، فقضت بأن «مؤدى نص المادتين ٨٢٦ ، ٨٣٦ من القانون المدنى أن للمالك على الشيوع الحق أن يبيع ملكه محدداً ومفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع. ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لايحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءً أو رضاءً مما يعتبر هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقاً لصريح عبارة النص المادة ٩٣٦ من القانون المدنى »[2].

= ١٠٥٠ ، فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، رمضان أبو السعود، الوسيط فى الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول ، الدار الجامعية، ١٩٨٦ ، بيروت ص ٣٤٩.

(١) إسماعيل غانم، ص ٦٩ ، منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٣١ ، ص ٣١٣ ، حسن كيرة، فقرة ٣١٢ ، ص ٥٥١ ، شفيق شحاته، فقرة ٢٤٤ ص ٢٥٩ ، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٨١ ص ٥٤٩ ، ٥٥٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٨ ، ص ٣٥٢، جمال الدين زكى، فقرة ٢٣٥ ، ص ٤٢٨.

(٢) نقض ١٩٨٠/٥/١، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ١٢٨٣، ١٩٨٣/١/٣٠، س٣٤ ، ص ٣٤٠ ، ١٩٨٨/١/٢٠، الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق ١٩٨٨/٦/٢٢ ، الطعن رقم ١٦١٥ لسنة ٥٥ ق . نقض ١٩٩١/٥/٢٣، مجموعة أحكام النقض س ٤٢ ص١١٩٣.

فى الحقيقة إن ماذهبت إليه محكمتنا العليا يجافى المنطق ويصطدم مع صريح نصوص القانون وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : أن المحكمة تنسب إلى إرادة المتعاقدين ما لم تنصرف إليه لا حقيقة ولا فى الظاهر، وذلك بأن جعلت التصرف فى حصة مفرزة فى حكم التصرف فى قدر شائع. كما أن ذلك يتعارض مع نص المادة ٢/٨٢٦ مدنى . حيث أن مقتضى هذا الرأى أن يكون المتصرف إليه، وقد أصبح شريكاً على الشيوع، هو المتقاسم إذا ما تمت القسمة بعد التصرف بالرغم من أن المادة تنص على أن حق المتصرف إليه ينتقل إلى « الجزء الذى آل إلى المتصرف بمقتضى القسمة» فالمتصرف هو المتقاسم طبقاً لهذا النص.

ثانياً : إن عدم إعطاء الشركاء الحق فى الشفعة إلا فى بيع الحصة الشائعة يتفق وقصد المشرع الذى عبر عنه صراحة وبوضوح فى نص المادة ٨٣٣ مدنى المتعلق بحق الإسترداد، وبالتالى ليس هناك أدنى مبرر للتفرقة فى هذا الخصوص بين حق الإسترداد والشفعة لأن الحكمة منهما واحدة [1].

ثالثاً : إن إعتبار البيع غير نافذ فى حق باقى الشركاء يكفى وحده لعدم إعتبار المشترى لجزء مفرز شريكاً فى الشيوع وبالتالى لا حاجة أساساً لإعطاء باقى الشركاء الحق فى الأخذ بالشفعة لانتفاء الحكمة منها، وهى منع دخول أجنبى بين الشركاء، وفى ذلك اقتصاد للوقت والنفقات وعدم

---

(١) ويرى البعض أن هذا قياس مع الفارق على أساس أنه فى الإسترداد الأمر يتعلق ببيع حصة شائعة فى منقول معين قسمته تنهى كل صلة أو شبهة صلة بين من كانوا شركاء فيه وذلك بخلاف الأمر فى العقار، عزت حنورة، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٤٢ . هذا الرأى يتجاهل أن الإسترداد يشمل أيضاً بيع حصة شائعة فى مجموع من المال، كالتركة، وأموال الشركة بعد حلها، والمتجر، وذلك حتى لو اشتمل هذا المجموع على عقار، وفى هذه الحالة الأخيرة لاتنتقل الملكية إلا بتسجيل التصرف.

إثقال لكاهل القضاء. كما أن الشفعة قد ثبتت على خلاف الأصل والقياس فكان الأولى عدم التوسع فيها.

رابعاً : قصر الشفعة على حالة بيع أحد الشركاء على الشيوع لحصة شائعة من العقار الشائع يحقق الإتساق فى أحكام محكمة النقض. خاصة وأن هذه المحكمة لاتعطى لمشترى الحصة المفرزة حق طلب الشفعة إذا ما باع أحد الشركاء فى الشيوع لحصة شائعة إلى أجنبى [1] على أساس أن المشترى لايعتبر مالكاً للجزء المفرز فى مواجهة باقى الشركاء، وبالتالى ليس شريكاً فى الشيوع، وذلك لعدم نفاذ البيع فى حقهم أصلاً ، أى ليس مالكاً لحصة شائعة فى ذات العقار محل البيع الذى يراد طلب الشفعة فيه !!!.

وهكذا اعتبرت المحكمة المشترى لجزء مفرز فى الفرض الأول شريكاً بأن جعلت التصرف فى حصة مفرزة فى حكم التصرف فى قدر شائع وأجازت لباقى الشركاء طلب الشفعة. وفى الفرض الثانى لم تعتبره كذلك وأنكرت عليه طلب الشفعة فى حالة بيع أحد الشركاء لحصة شائعة إلى أجنبى !!!.

ولذلك نرى أنه يجب، رغم عموم نص المادة ٩٣٦/ب مدنى، قصر الشفعة على حالة بيع حصة شائعة من العقار المملوك على الشيوع.

---

(١) نقض ١٩٥٠/١١/٣٠ طعن رقم ٤٨ لسنة ١٩ ق ، ١٩٥٣/٦/٢٥ طعن رقم ٣٢٥ سنة ٢٠ق. وقد قضت محكمة النقض فى هذه الأحكام « بأن من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لايستطيع إذا ما طالب الشفعة أن يجابه المشفوع منه إلا بسنده وفى حدوده أى باعتباره مالكاً ملكية مفرزة، ومن ثم فإنه لايكون له أن يشفع إلا بصفته جاراً ملاصقاً. وكل إدعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليق بأن يهدره القاضى، ذلك أن من تلقى حصة مفرزة لايملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا. نقض ١٩٩١/٢/٢٦ الطعن رقم ٩٨٤ لسنة ٥٦ ق.

(جـ) نطاقها :

تثبت الشفعة عند بيع الشريك لحصة شائعة، ويستوى فى ذلك الشريك فى حق الملكية أو الشريك فى حق الإنتفاع [١]، حيث أن نص المشرع على ثبوت الشفعة «للشريك فى الشيوع» مطلق، والمطلق يجرى على إطلاقه ما لم يرد نص على تقييده. كما أن إصطلاح « العقار الشائع » لفظ مطلق أيضاً يشمل الملكية العقارية كما يشمل الإنتفاع العقارى، إذ طبقاً للمادة ٨٣ مدنى يعتبر مالاً عقارياً كل حق عينى يقع على عقار.

كما أن الحكمة فى ثبوت الشفعة للشريك فى الملكية، وهى استبعاد الأجنبى والعمل على إنهاء الشيوع، قائمة بالنسبة للشريك فى الإنتفاع [٢].

كما أن بيع البناء على سبيل القرار، إستقلالاً عن الأرض هو بيع عقار ويجوز للشريك المشتاع فى البناء أخذ الحصة المبيعة فيه بالشفعة طبقاً لما تنص عليه م ٩٣٦ / ب مدنى مصرى [٣].

٣ – شفعة المنتفع فى ملكية الرقبة

تثبت الشفعة، فى المرتبة الثالثة، لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة

---

(١) انظر عكس ذلك محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، فقرة ٢١٤ ص ١٩٩ ، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣٩٠ ، ص ٤٣١.

(٢) انظر إسماعيل غانم، ص ٦٨ ، شفيق شحاته، فقرة ٢٤٦ ، ص ٢٦٠ ، محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢٣٦ ص ٤١٣، عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٠ ، ص ٣١٢، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٨١ ، ص ٥٥٢ ، ٥٥٤ ، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٩، ص ٣٥٣ ، عبد المنعم البدراوى، حق الملكية ١٩٧٣ ، فقرة ٢٣٥ ، ص ٢٤٩ ، حسن كيرة، فقرة ٣١١ ، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨، جمال الدين زكى، فقرة ٢٣٥، ص ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، محمد لبيب شنب ، موجز فى الحقوق العينية الأصلية، ١٩٧٤ ، فقرة ٧٩ ، ص ٧٩.

(٣) انظر نقض ١٩٧٥/٦/١٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ عدد ١ ص ١٢١٦.

الملابسة لهذا الحق أو بعضها (م ٩٣٦ / جـ مدنى مصرى)، ثبوت الشفعة فى هذه الحالة يستجيب لنفس الإعتبارات التى أدت إلى ثبوتها، لمالك الرقبة إذا بيع حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه، وهى جمع ماتفرق من عناصر حق الملكية فى يد واحدة. وبذات العلة تثبت الشفعة أيضاً، وبنفس الشروط، لصاحب حق الإستعمال أو السكنى طبقاً للمادة ٩٩٨ مدنى التى تنص على سريان أحكام الإنتفاع على هذين الحقين متى كانت لاتتعارض مع طبيعتهما [١].

وتطبيقاً لذلك إذا كانت الرقبة لشخص واحد والإنتفاع لشخص واحد كذلك، وبيعت الرقبة كان لصاحب الإنتفاع أن يشفع فيها دون أدنى صعوبة.

أما إذا كان حق الإنتفاع شائعاً بين عدة شركاء وبيعت الرقبة كلها كان لأصحاب الإنتفاع مجتمعين أن يشفعوا فيها كل منهم بقدر نصيبه، وبالتالى ليس لكل واحد منهم أن يشفع فى كل الرقبة لأن حقه لا يلابس إلا بعض المبيع.

لكن إذا كانت الرقبة شائعة بين عدة شركاء وباع أحدهم حصته فيها، كان لصاحب الإنتفاع أن يشفع لأن الرقبة المبيعة هى بعض الحق الملابس لحق الإنتفاع مما يدخل فى حكم النص. ويلاحظ هنا أنه إذا تزاحم على الشفعة فى بيع الحصة الشائعة فى الرقبة شريك آخر فى ملكيتها وصاحب الإنتفاع فضل الشريك فى الرقبة لأنه فى مرتبة سابقة على شفعة المنتفع فى ملكية الرقبة [٢] ويشترط ليقوم هذا التزاحم أن يكون بيع الحصة الشائعة فى الرقبة لأجنبى لأنه إذا كان المشترى شريك آخر فى الرقبة فلا تصح الشفعة لصاحب الإنتفاع، إذ أن المشترى فى هذه الحالة توافرت فيه الشروط التى

---

(١) إسماعيل غانم، ص ٢٧٠ ، منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٣١ ، ص ٣١٤ ، حسن كيرة، فقرة ٣٠٨ ، ص ٥٤١، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١١٢، ص ٥٥٨ هامش ٢.

(٢) انظر نقض ١٩٧٩/١٢/١٣ السابق الإشارة إليه.

كانت تجعله شفيعاً فى مرتبة أعلى (م ٩٣٧ / ٣ مدنى) وفى هذه الحالة يتجلى الفارق بين شفعة مالك الرقبة وشفعة صاحب حق الإنتفاع حيث أن شفعة هذا الأخير لاتصح إلا إذا كان البيع لأجنبى بينما على عكس ذلك تصح شفعة مالك الرقبة حتى ولو باع أحد الشركاء فى الإنتفاع حصته الشائعة إلى شريك آخر [(١)].

٤ – شفعة مالك الرقبة فى الحكر والمستحكر

طبقاً لنص المادة ٩٣٦ / د مدنى يثبت الحق فى الشفعة لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة »[(٢)] والحكمة من تقرير الشفعة هنا أيضاً هى جمع ماتفرق من عناصر الملكية فى يد واحدة.

والشفعة فى الحالتين نادرة فى العمل حيث أن حق الحكر لايترتب، منذ العمل بالتقنين المدنى الحالى، إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢ / ٢ مدنى).

ويترتب على ذلك **أولاً** : أنه بالنسبة لشفعة مالك الرقبة فى الحكر، نجد أنه فى حالة بيع حق الحكر لايجوز للوقف، وهو مالك الرقبة، أن يأخذ بالشفعة (م ٩٣٩ / ٢ مدنى) ولذلك لايتصور شفعة مالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر إلا بالنسبة للأحكار القائمة على أراضى غير موقوفة قبل العمل بالقانون المدنى الحالى أو فى حالة زوال الوقف عن الأرض المحكرة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته (م ١٠٠٨ / ٣ مدنى) إذ فى هاتين الحالتين يبقى الحكر قائماً على أرض غير موقوفة استثناءً من القاعدة العامة.

---

(١) إسماعيل غانم، ص ٧٠.

(٢) قارن هذه الصياغة بما ورد فى نص المادة ٩٣٦ / أ ، ٩٣٦ / جـ . وانظر إنتقاد ذلك : منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٣٢ ، ص ٣١٤ ، هامش ١ ، وقارن حسن كيرة، فقرة ٣٠٩ ، ص ٥٤٢ ، ٥٤٣.

ثانياً : بالنسبة لشفعة المستحكر إذا بيعت الرقبة، نجد أنها لاتتحقق من حيث المبدأ حيث أنه لايجوز بيع أعيان الوقف [١]، ولا شفعة إلا فى بيع [٢].

٥ - شفعة الجار المالك

وردت شفعة الجار المالك فى آخر مراتب الشفعاء (م ٩٣٦ / هـ مدنى). ومع ذلك هذا السبب من أسباب الشفعة لم يلق ترحيباً لا من جمهور فقهاء الشريعة من قبل [٣] ولا من جمهور فقهاء القانون من بعد [٤]. وقد كان لذلك

---

(١) ويسمح بصفة استثنائية بيع الوقف عن طريق الإستبدال ، ويرى البعض أنه ببيعها تفقد صفة الوقف فينتهى الحكر على هذه الأرض وينتقل إلى الأرض الأخرى التى استبدلت بها ولذلك لايكون للمحتكر أن يطلب الشفعة فى هذا البيع، إسماعيل غانم، ص ٧٠، بينما يرى البعض أن الشفعة يمكن أن تتحقق قبل تسجيل عقد البيع منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٢، ص ٣١٥، وانظر فى التعليق على هذه الآراء السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٣، ص ٥٦١، هامش ٢. وانظر فى ذلك أيضاً نقض ١٩٦٧/٣/١٤ س ١٨، ع ١ ص ٦١٨ حيث قضت المحكمة بأنه « إذا كان الطاعن طلب أخذ أرض النزاع بالشفعة مستنداً إلى ا لمادة ٩٣٦ من القانون المدنى وذلك باعتباره مستحكراً لتلك الأرض ومالكاً للبناء عليها بموجب عقد الحكر المؤرخ أول يناير سنة ١٩٢٨ . وكان الحكم الإبتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه قد أقام قضاءه برفض طلبه تأسيساً على أن ملكية المطعون ضدها الأولى لأرض ا لنزاع قد أصبحت خالصة لها بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى ألغى الوقف على غير الخيرات بما استتبع إنهاء كل حكر كان مرتباً عليها، فإن هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه يكون صحيحاً فى القانون.

(٢) يلاحظ أن المحتكر يملك ما أحدثه من بناء وغراس أو غيره ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدنى) ولذلك للمحتكر أن يشفع ببنائه لكن لا يصح أن تقاس عليه حالة المستأجر الذى يقيم بناءً على الأرض التى استأجرها نقض ١٩٥٥/٢/٣ طعن رقم ١٠ لسنة ٢٢ ق.

(٣) انظر فى عرض تفصيلى لموقف الفقه الإسلامى من ذلك رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٥٣ ومابعدها.

(٤) إسماعيل غانم، ص ٦٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٦ ، ص ٣٠٦ ، ٣٠٧، حسن كيرة، فقرة ٣٠٢، ص ٥٣٥، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٦٤، ص ٤٧٩، ٤٨٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٤، ص ٣٤٧، ٣٤٨.

صداه عند وضع التقنين المدنى الحالى فقد حذفت لجنة المراجعة من مشروع التقنين المدنى الجوار كسبب للشفعة، إلا أن مجلس النواب قرر إعادته. وقد كان من حسن السياسة التشريعية أن يحذف المشرع الجوار كسبب من أسباب الشفعة أو على الأقل يحصره فى أضيق الحدود [١]. ولذلك كان مسلك المشرع محل إنتقاد من جمهور الفقهاء [٢].

وسوف نعرض لشفعة الجار المالك من حيث نطاقها، ثم نبين بعد ذلك حالاتها.

(أ) نطاقها :

ويجب أن نحدد المقصود بالجوار الموجب للشفعة، وذلك حتى نحدد نطاقها من حيث الموضوع، ثم نحدد نطاقها بعد ذلك من حيث الأشخاص.

(١) – من حيث الموضوع : المقصود بالجوار :

لا يقصد هنا بالجوار مطلق الجوار، وإنما يقصد هنا الجوار بالمعنى القانونى، أى التلاصق بين المعقار المبيع (المشفوع فيه) والعقار المملوك للشفيع (العقار المشفوع به). ويقصد بالتلاصق عدم وجود إنفصال تام بين هذين العقارين بأن يفرق بينهما عقار آخر مستقل (كترعة أو مصرف أو طريق) غير مملوك لأى من الشفيع والبائع، بأن كان مملوكاً للدولة أو للغير أو حتى كان مملوكاً للبائع ولكنه لم يدخل فى البيع، لأى سبب كان [٣]. أما إذا كان الفاصل

(١) وقد ألغى المشرع اللبنانى شفعة الجوار بالقانون رقم ٤٦١ فى ١٩٩٥/٨/٣١ الجريدة الرسمية العدد ٣٦ فى ١٩٩٥/٩/٧.

(٢) انظر المراجع المشار إليها فى هامش ٤ الصفحة السابقة.

(٣) بأن كان العقار الفاصل مملوكاً للشفيع ملكية مفرزة وليس من توابع العقار المشفوع به طالما أنه لم يستند الشفيع إلى هذا العقار الفاصل المملوك له فى طلب الشفعة وذلك بسبب إكتسابه ملكية هذا العقار بعد البيع المشفوع فيه. انظر عزت حنورة، فقرة ٣١ ، ص ٥١ هامش ١.

مملوكاً للشفيع أو للبائع أو لكليهما [١] فلا ينفى ذلك التلاصق بشرط ألا تنحصر ملكية الشفيع [٢] أو البائع فى هذا الفاصل دون باقى العقار الملاصق، إذ يلزم أن يخدم هذا الفاصل أحد العقارين، ولو لم يكن مملوكاً لهما، حتى ولو كان يخدم عقارات أخرى [٣].

ويشترط ألا يكون الفاصل بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه إصطناعياً يقصد به مجرد حرمان الشفيع من حق الشفعة. كأن يعتمد البائع والمشترى ترك شريط من أرض البائع من الجهة المجاورة لعقار الجار المالك (الشفيع) أو أن يقوم البائع بهبة هذا الشريط للمشترى، فلا يشمل المبيع هذا الشريط ليبقى فاصلاً بين العقارين، أو العمل على تجزئة الأرض المبيعة بأن يبيع أولاً الجزء البعيد عن عقار الجار المالك (الشفيع) فإذا ما تملك المشترى هذا الجزء يقوم بعد ذلك ببيع الجزء المتبقى والملاصق لأرض الجار المالك (الشفيع) فبذلك يمتنع على هذا الأخير طلب الشفعة فى هذا البيع الثانى لأن المشترى

---

(١) نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ طعن رقم ٩٧ لسنة ١٣ ق. « سكة زراعية عملت على حساب القسمين ومملوكة لهما مناصفة » . ١٩٤٥/٢/١ طعن رقم ٨٩ سنة ١٤ ق المصرف الذى يعتبر بين جارين لايعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين، أما إذا كان مشتركاً بينهما فالتلاصق قائم». نقض ١٩٤٤/١٢/٧ طعن رقم ٣١ سنة ١٤ ق.

(٢) نقض ١٩٥٦/١٢/٢٠ طعن رقم ١٩٧ سنة ٢٣ ق مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ١٠١٦، حيث قضت بأنه « متى كان المشترى لايعدو أن يكون شريكاً على الشيوع فى مجرى معد للرى يشق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة فإن هذا الوضع لايصح أن يوصف به المشترى بأنه شريك على الشيوع فى جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشريك على الشيوع الذى له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة وإن كانت تلك المجرى جزء ضئيل من بعض المبيع» نقض ١٩٨٠/٥/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ١٥٤٥ حيث قضت بأنه « ..... تمسك الطاعن بملكية المسقاة لايجديه فى القول بتوافر شروط الشفيع فيه إذ أن ملكية المساقة وحدها لاتتحقق بها صفة الجوار المثبتة للحق فى الشفعة ».

(٣) انظر نقض ١٩٤٣/١٢/٣٠ طعن رقم ٦١ سنة ١٣ ق ، ١٩٤٤/١٢/٢١ السابق الإشارة إليه. ١٩٩٠/١/٤ س ٤١ ص ١٢٠.

يعتبر بملكيته للجزء الأول جاراً أيضاً فيفضل هذا الجار المالك (الشفيع) طبقاً لقواعد فض التزاحم بين الشفعاء التى سوف يأتى بيانها. فى هذه الحالات يذهب جمهور الفقهاء [(١)] إلى أنه إذا ثبت التحايل، ويكون إثباته بكافة طرق الإثبات، تعين على المحكمة رده والحكم بالشفعة. وهذا ما أخذت به محكمة النقض منذ زمن بعيد [(٢)].

ولا يشترط فى التلاصق بالمعنى القانونى أن يكون ممتداً بقدر كاف كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء [(٣)] وإنما استقر الفقه [(٤)] والقضاء [(٥)] على أنه يكفى التلاصق ولو بشبر واحد. كما يستوى أن يكون هذا التلاصق أفقياً، وهذا هو المعتاد، بأن يكون العقار المشفوع به ملاصقاً للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية، أى يكون إلى جانبه فى أى جهة من جهاته، أو رأسياً كأن يكون العقار المشفوع به ملاصقاً للعقار المشفوع فيه فى أعلاه أو فى أسفله وهذا ما يتحقق فى المبانى فى ملكية الطبقات [(٦)].

---

(١) إسماعيل غانم، ص ٧٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٣، ص ٣١٦، حسن كيرة فقرة ٣١٤ ص ٥٥٣ هامش ٢ ، السنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٨٥، ص ٥٦٧، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٢ ، ص ٣٧٧ ، عزت حنورة، فقرة ٣١ ، ص ٥١.

(٢) نقض ١٩٤٥/٥/١٧ طعن رقم ١٠٥ سنة ١٤ ق ، ١٩٥٣/٣/٢٦، مجموعة أحكام النقض ، س ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٧٨، نقض ١٩٨٠/٢/١٢، مجموعة أحكام النقض، س٣١، ص٤٨١.

(٣) محمد كامل، جـ ٣ ، فقرة ٢٢٢، ص ٢١٠، فقرة ٢٢٨، ص ٢٢٠، شفيق شحاته، فقرة ٢٤٣، ص ٢٥٩.

(٤) محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢٤٠، ص ٤١٩، ٤٢٠، عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٣٦٦، ص ٣٤٨، وفقرة ٢٥٧، ص ٣٥٢، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٤٠٥، ص ٤٤٢، إسماعيل غانم، ص ٧١؛ منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٣، ص ٣١٥، ٣١٦، حسن كيرة، فقرة ٣١٤، ص ٥٥٤ ، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٢ ، ص ٣٧٥، ٣٧٦، السنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٨٥ ، ص ٥٦٨.

(٥) نقض ١٩٥٤/٤/١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٥ ، ص ٧٤٣.

(٦) السنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٨٥ ، ص ٥٦٨.

ويلاحظ أن مجرد هذا التلاصق قد يكفى لقيام سبب الشفعة بالجوار كما هو الشأن فى المبانى والأراضى المعدة للبناء، وقد يلزم علاوة على التلاصق شروط أخرى كما هو الشأن فى الأراضى غير المعدة للبناء [١].

(٢) – من حيث الأشخاص : تثبت الشفعة للجار المالك :

تنص المادة ٩٣٦ / هـ مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك. وعلى ذلك يشترط لثبوت الشفعة على أساس الجوار أن يكون طالب الشفعة مالكاً للعقار الملاصق الذى يشفع به. ويستوى أن يكون مالكاً ملكية مفرزة أو مالكاً مع غيره على الشيوع [٢]، كما يستوى أن يكون مالكاً ملكية تامة أو مالكاً للرقبة فقط. وعلى ذلك فليس لصاحب حق الإنتفاع أو حق الإستعمال أو حق السكنى أو حق الحكر أن يطلب الشفعة إذ بيع العقار المجاور للعقار الذى يرد عليه حقه. ويكفى أن يكون الشفيع مالكاً للبناء دون الأرض المقام عليها، حتى تثبت له الشفعة [٣] على نحو ماسنرى فيما بعد.

لكن هل يلزم أن يكون البيع المشفوع فيه وارداً على الملكية ؟ بعض الفقهاء يذهب إلى ضرورة ذلك بحيث إذا بيع حق الإنتفاع المقرر على العقار فلا تثبت الشفعة لمالك العقار الملاصق [٤].

---

(١) نقض ١٩٨٠/٤/١٥، مجموعة أحكام النقض س ٣١ ، ص ١١٣٢.

(٢) ويستوى أن يطلب الشفعة كل الشركاء على الشيوع أو أن يطلبها أحدهم. ولايؤثر فى ذلك إحتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به وأن يبقى مالكاً له لحين الأخذ بالشفعة، وبقاء الجوار ليس شرطاً لبقاء الإستحقاق، فإذا حصلت القسمة قبل القضاء للشفيع بالشفعة ولم يختص بالجزء المجاور للعقار المشفوع سقط حقه فيها. أما إذ قضى له بها قبل حصول القسمة فلا يهم زوال ملكه الذى يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو عن أى طريق آخر » . نقض ١٩٤٤/١٢/٢١، طعن رقم ٩٧ ، سنة ١٣ ق.

(٣) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٣ ، ص ٣١٧، حسن كيرة، فقرة ٣١٥ ، ص ٥٥٥.

(٤) إسماعيل غانم، ص ٧٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٤، ص ٣٧٩.

بينما تذهب محكمة النقض إلى عكس ذلك حيث قضت بأن « النص فى المادة ٩٨٥ / ١ مدنى على أن حق الإنتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم مفاده أن حق الإنتفاع يمكن كسبه بالشفعة فى حالة بيعه إستقلاله دون الرقبة الملابسة له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة. ولما كان مفاد نص م ٩٣٦ ، ٩٣٧ مدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة فى بيع حق الإنتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ماكان لمالك الرقبة أن يشفع فى بيع حق الإنتفاع إذ هو ليس شريكاً مشتاعاً ولا جاراً مالكاً. وتحقيقاً لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند تزاحمهم له فى الشفعة فى بيع حق الإنتفاع الملابس للرقبة التى يملكها وذلك ماجرى به نص المادة ٩٣٧ مدنى على باقى الشفعاء عند تزاحمهم له وفق ماجرى به هذا النص فقد تصور أن يزاحم الشفعاء الآخرين مالك الرقبة فى بيع حق الإنتفاع فتكون الأفضلية للأخير مؤكد بذلك أن الشفعة فى حق الإنتفاع مقررة لسائر الشفعاء وذلك لتوفر ا لحكمة فى تقرير الشفعة وهى منع المضار، لما كان ماتقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت حق الشفعة للجار المالك يكون قد أصاب فى النتيجة التى انتهى إليها [١].

(ب) حالاتها :

تنص المادة ٩٣٦ مدنى على أن « يثبت الحق فى الشفعة :

.... (هـ) للجار الما لك فى الأحوال الآتية :

١ - إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى.

---

(١) نقض ١٩٧٩/١٢/١٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٣٠ ، جـ ٣ ، ص ٢٦١. نقض ١٩٨٥/٤/٩، س ٣٦ ، ص ٥٦٥.

٢ – إذا كان للأرض المبيعة حق إرتفاق على أرض الجار، أو كان حق الإرتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣ – إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل ».

وعلى ذلك يتضح أن المشرع يفرق بين حالتين : الأولى الشفعة فى المبانى أو الأراضى المعدة للبناء، والثانية فى الأراضى غير المبينة وغير المعدة للبناء، ولنر أحكام هاتين الحالتين فيما يلى :

الحالة الأولى : شفعة الجار المالك فى المبانى والأراضى المعدة للبناء :

يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم من القرى (م ٩٣٦ / هـ / ١ مدنى).

وينحصر حكم هذه الحالة فى المبانى والأراضى المعدة للبناء.

– ويقصد بالمبانى كل مجموع من المواد أياً كان نوعها، خشباً أو حجارة أو حديد اتصل بالأرض اتصال قرار بيد الإنسان. ويجب أن يكون هذا البناء عقاراً بالمعنى القانونى، أى ماكان مستقراً بحيزه ثابتاً فيه لايمكن نقله بدون تلف حيث أن الشفعة لاتجوز إلا بالنسبة للعقارات. ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا البناء فى المدن أو فى القرى؛ داخل الكردون أو خارجه. لكن إذا كان البناء خارج الكردون ويقع فى أرض واسعة المساحة وغالبها منزرع وأن مافيها من أبنية قليل الأهمية بالنسبة لمساحة الأرض فإن العبرة فى ذلك بالأرض غير المعدة للبناء لا بالبناء[1].

---

(١) انظر نقض ١٩٤٨/٦/١٠ طعن رقم ٤٢ ، سنة ١٧ ق. المعول عليه أن يكون البناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها، أو تكون أرض فضاء تابعة لبناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها تبعية يجعلها مرفقاً له أو ملحقاً به.

- ويقصد بالأراضى المعدة للبناء الأراضى الداخلة فى نطاق المدن والبلاد التى يسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ (الخاص بتقسيم أراضى البناء) إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأطيان، فهذه من أراضى البناء بصورة قاطعة. أما إذا لم تكن داخلة فى هذا النطاق وكانت خاضعة لضريبة أطيان فإنها تعتبر أرضاً زراعية ولا خلاف على ذلك [١].

وينحصر الخلاف حول الأراضى الداخلة فى المدن والبلاد التى تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وكانت خاضعة لضريبة الأطيان.

فى الواقع إن ربط ضريبة الأطيان عمل إدارى لا إرادة للأفراد عليه وأنه يرجع إلى طبيعة إستغلال الأراض وليس لطبيعة الأرض نفسها وبالتالى فهو لايغير من طبيعتها. كما أن ربط هذه الضريبة على قطعة أرض لايقوم فى ذاته بحسب المعايير السلمية دليلاً قاطعاً على أنها تعتبر فى طبيعتها من الأراضى الزراعية وعلى ذلك فالعبرة بوصف الأرض وتحديد طبيعتها كأرض بناء أو أرض زراعية هى بالحالة التى عليها الأرض وفقاً للظروف والملابسات المحيطة بها وقت إنعقاد البيع الذى تولد عنه حق الشفعة [٢]. والأصل فى إعتبار الأرض معدة للبناء يكون بالرجوع إلى الخرائط التى وضعتها الحكومة تحديداً لنطاق المدينة أو القرية فى ضوء القوانين المنظمة لذلك وما صدر بشأنها من قرارات تنفيذية [٣].

وقد قضت محكمة النقض حديثاً بأنه « إذا كانت الأرض تدخل فى حدود المدينة أو القرية التى تبين المدى الذى يتطلبه التوسع الجغرافى والعمرانى بالبناء فهى بحكم هذا الوضع الذى أنشأته الدولة تعتبر من الأراضى المعدة للبناء

---

(١) انظر للمؤلف القانون الزراعى، الملكية الزراعية - والإيجار الزراعى ، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩٤، ص٢٦.

(٢) نقض ١٩٨٨/٣/٢٤ ، الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق.

(٣) نقض ١٩٨٨/٣/٢٤ ، السابق الإشارة إليه.

حتى ولو كانت مستغلة إستغلالاً مؤقتاً لغرض آخر، أما إذا كانت تخرج عن تلك الحدود فهى لاتعتبر أرض بناء إلا إذا كانت قد أعدت إعداداً فعلياً لهذا الغرض ولقاضى الموضوع بهذا الصدد السلطة التقديرية للفصل فى هذه المسألة بغير معقب متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله، والمعول عليه فى أى من هاتين الحالتين هو بحالة الأرض وقت إنعقاد البيع الذى تولد عنه حق الشفعة»[١].

وهذا هو مايذهب إليه أيضاً الرأى السائد فى الفقه [٢] ويضيف البعض إلى ذلك أنه لايكفى الإعداد الفعلى، بل يجب أن يكون ذلك فى حدود ماتسمح به القوانين واللوائح [٣] وهذا بطبيعة الحال مايجب أن تأخذه محكمتنا العليا فى الإعتبار خاصة فى الوقت الحالى الذى تهدف فيه سياسة الدولة إلى المحافظة على الرقعة الزراعية عن طريق حظر ترك الأرض بغير زراعة أو تبويرها عمداً (م ١٥١ ، ١٥٥ من قانون الزراعية رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٥) وحظر إقامة أى مبان أو منشآت فى الأراضى الزراعية أو إتخاذ أية إجراءات فى شأن تقسيم هذه الأراضى لإقامة مبانى عليها (م ١٥٢ من قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣) ويعتبر هذا القانون فى حكم الأراضى الزراعية، الأراضى البور القابلة للزراعة داخل الرقعة الزراعية [٤].

---

(١) نقض ١٩٨٨/٣/٢٤ ، السابق الإشارة إليه.

(٢) محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، فقرة ٢٣١ ، ص ٢٢٤ – ٢٢٦ ، شفيق شحاته، فقرة ٢٤٢ ، ص ٢٥٦، هامش ١ ، محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢٤٠ ، ص ٤٢٠ ، منصور مصطفى منصور، فقرة ٣٣ ، ص ٣١٧ ، ٣١٨ ، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣٩٧ ، ص ٤٣٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٥ ، ص ٣٦٢، السنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٨٤، ص ٥٦٢– ٥٦٣.

(٣) حسن كيرة، فقرة ٣١٧ ، ص ٥٥٦.

(٤) انظر مؤلفنا فى القانون الزراعى السابق الإشارة إليه، ص ٢٤٩ ومابعدها، وص ٢٥٥ ومابعدها.

– ويشترط فى هذه الحالة للأخذ بالشفعة مجرد التلاصق بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه، ولو كان هذا التلاصق بشبر واحد على النحو السابق بيانه. وعلى ذلك فلا توجد شروط أخرى سوى هذا التلاصق، فلم يشترط المشرع أى شروط أخرى تتعلق بحجم العقار المشفوع به أو بقيمته أو بإرتباطه بالعقار المشفوع فيه بحق إرتفاق أو بتعدد مواضع الإلتصاق معه أو غير ذلك من شروط على النحو الذى سوف نراه فى الحالة الثانية . وإذا كان يشترط لعدم سقوط حق الجار المالك فى الشفعة بقاء التلاصق بين العقار من المشفوع به والمشفوع فيه من وقت البيع وحتى الأخذ بالشفعة إلا أن إستمرار التلاصق ليس شرطاً لبقاء الإستحقاق (1).

وعلى ذلك فإذا كان العقار المبيع أرضاً عليها بناء، فيكفى أن يكون ملك الشفيع ملاصقاً للأرض ولو لم يلاصق البناء. وإذا كان العقار المبيع أرضاً فضاء فتكفى الملاصقة أيضاً لملك الشفيع أياً كان. أما إذا كان العقار المشفوع به بناء دون الأرض المقام عليها فيشترط للأخذ بالشفعة ملاصقة هذا البناء للعقار المبيع المشفوع فيه أرضاً كان أم بناء (2). والصورة المألوفة لتملك البناء دون الأرض تكون فى حالة إذا ما أقام المنتفع أو المستحكر بناءً على الأرض التى يرد عليها حقه وتملكه. فيكون له أن يشفع بملكيته للبناء لا بحقه فى الإنتفاع أو فى الحكر، لأن الشفعة بسبب الجوار مقصورة على الجار المالك على النحو السابق بيانه (3). لكن لايثبت الحق فى الشفعة للجار المالك لأرض زراعية إذا كان

(1) نقض 1986/5/6 ، الطعن رقم 247 لسنة 52 ق.

(2) محمد كامل مرسى، جـ 3 ، فقرة 224، ص 213، 214، السنهورى، جـ 9 ، فقرة 185، ص 565، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة 235، ص 363، حسن كيرة، فقرة 317، ص 556، جمال الدين زكى، فقرة 239، ص 438.

(3) محمد كامل مرسى، جـ 3 ، فقرة 226، ص 218، 219، حسن كيرة، فقرة 317 ، ص556. ويرى البعض أنه فى هذه الحالة يجوز للشفيع أن يشفع بالبناء الذى يملكه دون الأرض، وله أيضاً أن يشفع بحق الإنتفاع أو بحق الحكر الثابت له فى الأرض وهو حق عينى =

العقار المجاور المبيع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء، ذلك لأن الأراضى غير المعدة للبناء لايكفى فيها الأخذ بالشفعة مجرد التلاصق وإنما يلزم شروط أخرى كما سوف نرى فيما بعد [١].

وبناءً على ذلك رفضت محكمة النقض أن تعطى المستأجر الذى يقيم بناء فى الأرض ا لمؤجرة ويتملكه حق الشفعة. كما رفضت أن تقاس حالة المحتكر على حالة المستأجر الذى يقيم بناءً على الأرض التى استأجرها «لأن للمحتكر حق عينى تتحمله العين فى يد كل حائز لها، ويراد به استبقاء الأرض للبناء تحت يد المحتكر مادام قائماً بدفع أجر المثل، فهو مالك لمنافع العين ملكاً أبدياً بدوام دفعه أجرة المثل بخلاف المستأجر فإن عقد الإيجار لايخوله إلا حقاً شخصياً قبل المؤجر ولايعطيه حق البقاء والإستقرار على الدوام فلا يثبت له حق الشفعة بوصفه جاراً مالكاً للبناء» [٢] وأكدت ذلك بعبارة واضحة فى حكم حديث بقولها أن: «حق المستأجر على المبانى التى أنشأها على العين المؤجرة لايعدو أن يكون حقاً مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذ لا يكتسب عليها حقاً بوصفها مالاً ثابتاً إلا لفترة محددة، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير بأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جاراً مالكاً» [٣].

= فى عقار فيكون عقاراً متميزاً عن رقبة الأرض. وهو فى الواقع من الأمر يشفع بالعقارين معاً، البناء المقام على الأرض وحق الإنتفاع أو حق الحكر الثابت له فى الأرض، فيشفع بالبناء مقترناً بحق القرار على الأرض فيكفى أن تكون الأرض دون البناء هى الملاصقة للعقار المشفوع فيه. السنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٨٥ ، ص ٥٦٥، هامش ٣. ونرى أن فى ذلك توسع ليس له مايبرره وخاصة وأن الشفعة وردت على خلاف الأصل والقياس فلا يجوز التوسع فى تفسيرها.

(١) نقض ١٩٨٠/٤/١٥ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣١ ، ص ١١٣٢.

(٢) نقض ١٩٥٥/٢/٣، طعن رقم ١٠ سنة ٢٢ ق.

(٣) نقض ١٩٧٠/١٠/٢٧، مجموعة أحكام النقض، س ٢١ ، ص ١٠٩٧.

كما أنه طبقاً للإتجاه الحديث لمحكمة النقض لم يعد للمشترى الذى يقيم بناءً فى الأرض التى اشتراها قبل تسجيلها حق طلب الشفعة. حيث قررت المحكمة « .... أن ملكية المنشآت لاتنتقل إلى المشترى البانى بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنما بتسجيل عقد البيع لأن عقد البيع غير المسجل وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن يكون للمشترى حيازة المبيع والإنتفاع به إلا أن هذا العقد غير المسجل لايترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه من مبان على الأرض المبيعة لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولاينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل ... » [١].

ويلاحظ أن الشفعة بالجوار تتحقق غالباً بالتلاصق الأفقى سواء فى الأرض المعدة للبناء أو المبانى، لكن بالنسبة للمبانى يمكن أن يتحقق التلاصق الرأسى كما فى ملكية الطبقات والشقق فيكون التلاصق بين كل طبقة أو شقة ومافوقها أو تحتها. وتثبت الشفعة فى هذه الحالة بسبب الجوار لا بسبب الإشتراك فى الشيوع فى ملكية الأشياء المشتركة فى الدار [٢] وعلى ذلك فإنه لاتجوز الشفعة بالجوار فى بيع طبقة أو شقة لمالك طبقة أو شقة أخرى من الدار غير ملاصقة للطبقة أو الشقة المبيعة رغم اشتراكه فى الشيوع فى ملكية الأشياء المشتركة من الدار [٣].

---

(١) نقض ١٩٦٩/٦/١٩، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٠، ص ١٠٠٢، ١٩٧٩/١/٢٤، س ٣٠، جـ ١ ، ص ٣٥٧، ١٩٨٠/٤/٢٤، س ٣١ ، ص ١٢٠١، ١٩٨١/١/٢٨، س ٣٢، ص ٣٦٧، ١٩٨١/٢/٢٥، س ٣٢ ص ٦٣١، ١٩٨٦/٤/١٦، الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ ق، ١٩٩٢/٨/٥، الطعن رقم ٢٧١٦، سنة ٥٨ ق ، ١٩٩٤/١٠/٢٥، الطعن رقم ٤٧٥، لسنة ٥٩ق « هيئة عامة».

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق ، فقرة ٣١٧، ص ٥٥٨.

(٣) نفس المرجع ، وانظر عكس ذلك، محمد على عرفة، المرجع السابق ، جـ ٢، فقرة ٢٤٢، ص ٤٢٤، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٨٥، ص ٥٦٩، عزت حنورة، المرجع السابق =

– ويشترط لتحقق التلاصق على الوجه المتقدم ألا يكون هناك بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فاصل غير مملوك للشفيع. وعلى ذلك إذا فصل بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام انتفى التلاصق الذى يجيز الشفعة.. لكن إذا كان هذا الفاصل مملوكاً للشفيع أو مملوكاً للبائع أو مشتركاً بينهما فإن هذا التلاصق يتحقق. وعلى العكس من ذلك إذا كان هذا الفاصل قطعة أرض مملوكة للغير أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم يشملها البيع فإن هذا التلاصق ينتفى تماماً. على أنه إذا كانت قطعة الأرض الفاصلة بين العقارين قد اقتطعها البائع من الأرض المبيعة ليحتفظ بملكيتها ولا يدخلها فى البيع وذلك على سبيل التحايل لمنع الشفعة فإنه يرد عليه سوء قصده ويعطى للشفيع الحق فى إثبات هذا التحايل بكافة طرق الإثبات، فإذا أفلح فى ذلك فإنه يحق له الأخذ بالشفعة [(١)].

الحالة الثانية : الشفعة فى الأراضى غير المبنية وغير المعدة للبناء :

وتشمل هذه الحالة الأراضي الزراعية والصحراوية خارج حدود المدن والقرى. وهذه الحالة تشمل صورتين لم يكتف المشرع فيهما بمجرد التلاصق كما هو الحال فى الحالة السابقة وإنما تشدد وتتطلب شروطاً إضافية أخرى. ولنر ذلك بشئ من التفصيل :

الصورة الأولى : التلاصق مع الإرتفاق :

فى هذه الصورة أضاف المشرع فيها إلى شرط التلاصق ولو من حد واحد، وهو الذى يتحقق معه الجوار ، أن يكون للأرض المبيعة حق إرتفاق على أرض

= فقرة ٤٧ ، ص ٨٣ – ٨٥ . وهذا الرأى يتوسع فى الشفعة دون مبرر خاصة وأن الشفعة قد وردت على خلاف الأصل والقياس فلا يجوز التوسع فى تفسيرها.

(١) انظر نقض ١٩٤٥/٥/١٧، مجموعة الخمسة وعشرين عاماً، جـ ١ ، ص ٧٣٩، رقم ١٩٦، ١٩٧. وانظر أيضاً نقض ١٩٥٣/٣/٢٦ ، نفس المجموعة.

الشفيع، أو يكون لأرض الشفيع حق إرتفاق على الأرض المبيعة [1]. ولا يحول دون ثبوت الشفعة أن يكون الإرتفاق فى كلتا الحالتين مقرراً فى الوقت نفسه لمصلحة أراض أخرى [2]. ولكن لايكفى فى هذا الخصوص أن تشترك الأرضان فى الإستفادة من حق إرتفاق واحد طالما لايثقل أحدهما [3]. ويقصد بالإرتفاق هنا حق الإرتفاق بالمعنى الدقيق، وبالتالى لاينصرف إلى القيود القانونية الواردة على الملكية [4].

والحكمة من تقرير الشفعة فى هذه الصورة أن حق الإرتفاق الذى يشكل عبئاً ثقيلاً على الملكية يزول بجمع الأرضين اللتين يربط بينهما حق الإرتفاق فى يد واحدة. ولذلك فإن إنقضاء حق الإرتفاق لأى سبب من الأسباب من شأنه أن يحول دون الأخذ بالشفعة فمثلاً إذا نزل المشترى عن حق الإرتفاق المقرر لمصلحة الأرض المبيعة المشفوع فيها فإنه لم يعد هناك مبرر للشفيع فى الأخذ بالشفعة ولكن بشرط أن يكون هذا النزول قد تم شهرة [5] وأن يكون هذا النزول قد تم قبل إعلان الرغبة [6].

---

(١) نقض ١٩٨٥/٦/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٦، ص ٩١٧.

(٢) انظر نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الخمسة والعشرين عاماً ، جـ ١ ، ص ٧٠٧، ، ١٩٩٠/١/٤ ، الطعن رقم ٥٩٣٠، سنة ٥٥ ق ، مجموعة أحكام النقض س ٤١، ص ١٢٠.

(٣) نقض ١٩٨١/٦/٣ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ١٦٩٤، ١٩٨٥/١/١٣ ، س ٣٦، ص ١٠٨.

(٤) انظر حسن كيرة، فقرة ٣١٩، ص ٥٦٠، انظر عكس ذلك السنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٨٦، ص ٥٧٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٦، ص ٣٦٥.

(٥) نقض ١٩٥٥/١١/١٧ ، مجموعة أحكام النقض، س ٦ ، رقم ٢٠٤، ص ١٥٠١، ١٩٨٠/٥/٢٨ ، نفس المجموعة ، س ٣١ ، رقم ٢٨٩، ص ١٥٤٥.

(٦) السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٦، ص ٥٧٥، حسن كيرة، فقرة ٣١٩، ص ٥٦١، بعض الفقهاء يرى أن النزول يرتب أثره حتى ولو تم قبل رفع دعوى الشفعة، محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، =

ومما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أنه لايلزم للأخذ بالشفعة فى هذه الحالة أن يزول حق الإرتفاق بين العقارين إذا اجتمعا فى يد واحدة هى يد الشفيع وأن يزول هذا الحق فى الوقت ذاته بالنسبة للعقارات الأخرى التى تشترك فيه - **فزوال هذا الحق كلية ليس شرطاً من شروط الأخذ بالشفعة** وقد إستهدف المشرع من ذلك تحرير العقارين من ربقة الإرتفاق ولو جزئياً بإجتماعهما فى يد واحدة وهو ما يتأدى إلى أسباب النزاع عند تعدد الملاك [1].

الصورة الثانية : إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ولاتقل قيمتها عن قدر معين لم يكتف المشرع هنا بمجرد التلاصق وإنما اشترط أن يكون هذا التلاصق من جهتين علاوة على أن تكون قيمة أرض الشفيع مساوية لنصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل وذلك ليتأكد من وجود صلة قوية للشفيع بالأرض المبيعة. ولنر بشئ من ا لتفصيل هذين الشرطين :

الشرط الأول : ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين :

ويقصد بذلك أن تكون أرض الشفيع ملاصقة للأرض المبيعة من حدين مختلفين عن الحدود الأربع، الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب. ويستوى أن تكون الملاصقة فى حدين متجاورين كالشمال والشرق، والغرب والجنوب، أو غير متجاورين، كالشرق والغرب، والشمال والجنوب... وتكفى الملاصقة فى كل من الحدين فى نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد. ولكن لا يكفى التلاصق فى نقطتين من حد واحد. كما يجب أن تكون الشفعة بأرض واحدة تتحقق فيها

= فقرة ٢٣٦، ص ٢٢٨ - ٢٢٩، محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢٤٣، ص ٤٢٦. والبعض الآخر يرى أن هذا النزول يرتب أثره إذا تم قبل الحكم بالشفعة ، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٧، ص ٣٦٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٣، ص ٣١٩.

(١) نقض ١٩٩١/٥/٢٩ ، مجموعة أحكام النقض، س ٤٢ ، ص ١٢٣٩، ومع ذلك قارن نقض ١٩٨٠/٥/٢٨، س ٣١، ص ١٥٤٥.

الملاصقة من جهتين من جهاتها للأرض المبيعة، وبالتالى لا تجوز الشفعة إذا كان التلاصق من جهتين للأرض المبيعة متحقق لقطعتين أرض منفصلتين مملوكتين للشفيع [1]. والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض المبيعة [2].

الشـرط الثـانى : ألا تقل قيـمـة أرض الشـفـيع عن نصف ثمن الأرض المبيـعة :

والغرض من اشتراط هذا الشرط هو الإستيثاق من جدية الشفيع وعدم إتخاذه الشفعة وسيلة للمضاربة [3].

والعـبرة بقيمة أرض الشفيـع وقت إبرام عقـد البيع الذى يشفـع فيه بصرف النظـر عن الثـمن الذى كـان هذا الشفـيع قد اشتراها به. أما بالنسبة للأرض المبـيعة فالعـبرة بالثمن الذى بيعت به، لا بقيمتها؛ ولا عبرة لمساحة كل من الأرضـين.

وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة على الشيوع لعدة شركاء وطلبوا جميعاً الشفعة فإن العبرة بقيمة الأرض كلها. أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء فى الشيوع فقط، فتكون العبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها.

---

(١) نقض ١٩٨٢/٣/٢ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣ ، رقم ٥١ ، ص ٢٨٣.

(٢) نقض ١٩٤٤/١٢/٧، طعن رقم ٣١ سنة ١٤ ق، ١٩٥٣/١٠/٢٢، طعن رقم ١٥٨ سنة ٢١ق. مجموعة أحكام النقض، جـ ١ ، ص ٧٠٦، رقم ٦ ، ١٩٨٠/٤/١٥، س ٣١، ص ١١٣٢.

(٣) حسن كـيرة، فقرة ٣٢٠، ص ٥٦٢، وتتحقق هذه المضـاربة عن طـريق شـراء قطـع صغـيرة من الأرض وسط أراض واسعة ثم الإنتظار حتى إذا ما أقدم بعض الملاك على بيع أراضى مجاورة لأرضهم الصـغيرة فيهددون هـؤلاء الملاك بأخذ الأرض المبيعة بالشفعة ويأخذون فى المساومة مقابل نزولهم عن حق الشـفعة مقابل مبلغ من المال. انظر السـنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٨٧، ص ٥٧٨.

ثانياً : تزاحم الشفعاء :

تنص المادة ٩٣٧ مدنى مصرى على أنه « ١ - إذا تزاحم الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة » .

« ٢ - وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » .

« ٣ - فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين من طبقة أعلى ».

وعلى ضوء هذه النصوص نجد أن التزاحم بين الشفعاء قد يأخذ صورة من ثلاث صور : ١ - التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة ٢ - التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة. ٣ - التزاحم بين شفعاء يكون المشترى واحد منهم. ولنعرض لهذه الصور بشئ من التفصيل :

الصورة الأولى : التزاحم بين شفعاء من طبقات مختلفة :

المبدأ : تنص عليه المادة ٩٣٧ / ١ مدنى مصرى بقولها : « إذا تزاحم الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة ٩٣٦ مدنى» وقد درسنا الشفعاء وفق هذا الترتيب أيضاً. وقد رتبت المادة ٩٣٦ مدنى الشفعاء طبقات خمس على الوجه الاتى : ١ - مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الإنتفاع الملابس لها. ٢ - الشريك فى الشيوع فى الملكية أو غيرها إذا بيعت حصة شائعة فى العقار . ٣ - صاحب حق الإنتفاع عندما يشفع فى الرقبة الملابسة. ٤ - مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الحكر أو صاحب حق الحكر عندما يشفع فى الرقبة. ٥ - الجار المالك عندما يشفع فى العقار المجاور سواء كانت ملكية تامة أو ملكية رقبة.

وعلى ذلك إذا كان حق الإنتفاع شائعاً وباع أحد الشركاء حصة لأجنبى فإن التزاحم مقصور بين مالك الرقبة والشريك المشتاع فيه والجار الملاصق للعقار المقرر عليه حق الإنتفاع. فتطبيق المبدأ السابق يسفر عن تفضيل مالك الرقبة لأنه فى الطبقة الأولى من هؤلاء الشفعاء، ثم يليه الشريك فى الشيوع فى حق الإنتفاع وأخيراً الجار. وإذا كانت ملكية الرقبة شائعة وباع أحد الشركاء حصة لأجنبى وطلب الشفعة شريك آخر وصاحب حق الإنتفاع فضل الشريك. وإذا كانت الملكية التامة شائعة وباع أحد الشركاء حصته وطلب الشفعة شريك آخر وجار فضل الشريك .... وهكذا.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض [1] أن « النص فى المادة ٩٣٧ مدنى على أن « وإذا تزاحم الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة » مفادها أن المشرع قرر حق الشفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الإنتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة وبرد الرقبة إلى صاحب الإنتفاع، وتحقيقاً لذات الحكمة قد جعل المشرع الأفضلية عند تزاحم الشفعاء لمالك الرقبة على سائر الشفعاء عند بيع حق الإنتفاع الملابس للرقبة التى يملكها، وكذلك لمالك حق الإنتفاع عند التزاحم إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها، وإذا قرر المشرع الأفضلية بين الشفعاء عند تزاحمهم وفق ماجرى به النص السالف **فإن مؤدى ذلك أن الشفعة فى حق الإنتفاع أو فى حق الرقبة مقررة أصلاً لسائر الشفعاء المنصوص عليهم.** لتوفر الحكمة فى تقرير الشفعة لكل منهم وهى المضارة على أن تجرى المفاضلة بينهم عند تزاحمهم» .

---

(١) نقض ١٩٨٥/٤/٩ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٦، ص ٥٦٥.

الصورة الثانية : التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة :

المبدأ : « إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » (م ٩٣٧ / ٢ مدنى مصرى).

تطبيق هذا المبدأ على الطبقات الأربع الأولى لايثير أدنى صعوبة إذ يستحق كل منهم قدراً من العقار المشفوع فيه يوازى نصيبه مع مراعاة أنه فى حالة إنفراد كل شفيع بطلب الشفعة لنفسه مستقلاً عن غيره من الشفعاء فإنه يجب أن يطلب الأخذ بالشفعة فى كامل العقار المبيع طبقاً لما تقضى به قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة [١]. أما فى حالة اشتراك الشفعاء المتعددين فى طلب الشفعة معاً بإجراءات واحدة فإنه لايلزم أن يطلب كل شفيع منهم العقار المبيع كله طالما أنهم أعلنوا رغبتهم فى أخذ العقار المبيع كله بالشفعة، إذ لايكون هناك ثمة تبعيض للصفقة على المشترى أو تجزئة للشفعة. ولايغير من ذلك أن يرد فى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو فى صحيفة الدعوى مايشير إلى إقتسام طالبى الشفعة للعقار المبيع على نحو معين لأن ذلك من شأنهم ولا أثر له على حقوق المشترى[٢].

---

(١) وقد أوضحت محكمة النقض ذلك بجلاء بقولها أن « من حق المشترى للعين المشفوع فيها ألا تتجزأ عليه الصفقة، ولازم ذلك أن يشتمل طلب الشفعة على العين برمتها ولا يقتصر على جزء منها، وإذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة وكانت هى الطبقة الأعلى التى يحق لها الأخذ بالشفعة، فإنه يجدر بكل شفيع منهم أن يطلب الشفعة فى كل العين المشفوع فيها درءً لإحتمال أن يطلب الشفعة بعض الشفعاء دون بعضهم الآخر أو ألا يطلبها أحد غيره أو يسقط حق أحدهم فيها لسبب يتعلق بالمواعيد أو بغيرها من إجراءات الشفعة فتتفرق الصفقة على المشترى، وبذلك تكون الدعوى غير مقبولة » نقض ١٩٨٢/٣/٤ طعن ١٣٦٢، س ٤٨ ق . لم ينشر بعد ومشار إليه فى عزت حنورة، المرجع السابق ، فقرة ١٣٣، ص ٢٠٨.

(٢) نقض ١٩٧٥/٦/١١ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٢٠١ ، وانظر فى تفصيل أكثر عزت حنورة، المرجع السابق ، فقرة ١٣٣، ص ٢٠٨، ٢٠٩، السنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٩٧، ص ٦٠٣ ، ٦٠٤.

– التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم :

وضع المشكلة :

إن المادة ٢/٩٣٧ مدنى تنص على أنه « إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » هذه العبارة الأخيرة تدل على أن التزاحم بين الشفعاء يكون فى عقار واحد، وهذا لاينطبق بطبيعة الحال إلا على الطبقات الأربع الأولى، أما التزاحم بين الجيران سيكون فى عدة عقارات حيث كل منهم يشفع بعقار مستقل عن عقار الآخر وبالتالى يصعب عملاً تقدير نصيب كل منهم بالنسبة للآخر.

ولذلك ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن نص المادة ٢/٩٣٧ مدنى مصرى لاينطبق فى حالة التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم وبالتالى يجب البحث عن حل لهذا التزاحم [(١)] ثم اختلف هؤلاء فيما بينهم على الحل الواجب الإتباع فى هذه الحالة فذهب البعض إلى الأخذ بالحكم الوارد فى قانون الشفعة السابق والذى كان يقضى بأن الشفعة، فى حالة تزاحم الجيران، تكون لمن تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره (م ٧) [(٢)]. وذهب البعض الآخر إلى وجوب معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة، ويكون ذلك بتقسيم المبيع بينهم

---

(١) انظر فى ذلك، محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢٥، ص ٤٣٧، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٧٤، منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٣٧، ص ٣٢٧، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٨، ص ٣٨٣، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٢٧، ص ٣٧٣، ٣٧٤، السنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٩٨، ص ٦٠٦، عبد الفتاح عبد الباقى، دروس فى الأموال ، فقرة ٢٦٣، ص ٣٦٩.

(٢) وقد إختلف هؤلاء الفقهاء فيما بينهم فى تعليل هذا الرأى، فمنهم من استند إلى العرف، إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٧٤، بينما يرده البعض الآخر إلى العدالة، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٨، ص ٣٨٤، ويرده بعض ثالث إلى العرف والعدالة، السنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٩٨، ص ٦٠٦.

بالتساوى [١] وذهب بعض ثالث إلى وجوب الوصول إلى حكم لهذه الحالة عن طريق القياس إلى أقرب الحالات إليه وهى حالة التزاحم بين الشفعاء الآخرين المنصوص عليها فى المادة ٩٣٧ / ٢ مدنى ويؤدى هذا القياس أنه إذا تزاحم الجيران وجب أن يتوزع العقار المشفوع فيه عليهم بنسبة قيمة مايشفع به كل منهم[٢].

فى الواقع نحن نرى أن صيغة النص قد وردت من العموم بمكان بحيث تنتظم أيضاً حالة التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم. ولايقدح فى ذلك تضمين المشروع التمهيدى للقانون الحالى نفس الحكم الوارد فى المادة السابعة من قانون الشفعة السابق طالما لم يرد ذات الحكم فى صلب التقنين نفسه[٣]. وبالتالى إذا كان الجيران المتزاحمون يشفعون بعقار واحد يملكونه على الشيوع فيما بينهم فإنه ليس هناك ثمة صعوبة إذ يستحق كل منهم فى الشفعة بقدر نصيبه من الشيوع [٤]. أما إذا تعددت العقارات بحيث يكون كل جار يشفع بعقار مستقل فإن تحديد نصيب كل منهم فى العقار المشفوع فيه يتم على أساس نسبة قيمة مايشفع به كل منهم [٥].

وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها [٦] إلى عدم إشتمال

---

(١) منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٣٧، ص ٣٢٩، لبيب شنب، فقرة ٩٤، ص ٩٣، عزت حنورة، فقرة ١٣٥، ص ٢١٥، بالرغم من أنه يرى أن المادة ٢/٩٣٧ مدنى تنظم التزاحم بين شفعاء الجوار.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٢٦٣ ، ص ٣٦٩.

(٣) محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، هامش ١ ، ص ٣٦٩، شفيق شحاته، هامش ١ ، ص ٢٦٦، حسن كيرة، فقرة ٣٢٣، ص ٥٧٠، عزت حنورة، فقرة ١٣٥، ص ٢١٤.

(٤) حسن كيرة، فقرة ٣٢٣، ص ٥٧٠، ٥٧١، عزت حنورة، فقرة ١٣٥، ص ٢١٥.

(٥) حسن كيرة ، فقرة ٣٢٣، ص ٥٧١، بينما يذهب البعض إلى وجوب الأخذ بالمساواة الكاملة بين الجيران حسب الرؤوس فى هذه الحالة، عزت حنورة، فقرة ١٣٥، ص ٢١٥.

(٦) نقض ١٩٩١/٥/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض، س ٤٢ ، ص ١٢٢١.

نص المادة ٩٣٧ / ٢ مدنى لحكم نقض التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم وذهب إلى وجوب الرجوع إلى القاعدة التى تضمنها قانون الشفعة السابق باعتبارها عرفاً مستقراً جرى عليه العمل والتى تفضل الجار الذى تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره من الجيران، وذلك طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى، كما أنه الحكم العادل عند سكوت النص[١].

الصورة الثانية : التزاحم بين شفعاء يكون المشترى واحد منهم :

تصن المادة ٩٣٧ / ٣ مدنى على مايلى : « فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى».

الفرض الذى يواجهه هذا النص : أن المشترى قد توافرت فيه هو نفسه شرط الأخذ بالشفعة وقت الشراء بالنسبة للعقار الذى اشتراه[٢] ويتقدم شفيع أو أكثر يطلب الأخذ بالشفعة من المشترى. فى هذه الحالة إذا كان من تقدم للأخذ من الشفعة أعلى منه طبقة فإن هذا الشفيع يفضل المشترى، أما إذا كان أدنى منه طبقة أو من طبقته فإن المشترى يفضل عنهم.

ويلاحظ أن هذا الحكم تمليه إعتبارات العدالة لأن المشترى إذا لم يتقدم للشراء كان له الحق الأخذ بالشفعة بصفته شفيعاً وقت الشراء ولذلك فإن

---

(١) نقض ١٩٩١/٥/٢٨ ، مجلة القضاة، ص ٢٥، ع ١، ١٩٩٢، ص ٤٣٤ - ٤٣٥ ، مشار إليه فى حسن كيرة، فقرة ٣٢٣، ص ٥٦٨، هامش ١، وانظر فى إنتقاد هذا التعليل نفس المؤلف ، هامش ٢ ، ص ٥٦٩، وانظر أيضاً إنتقاد هذا التعليل منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٧، ص٣٢٨، عزت حنورة، فقرة ١٣٥، ص ٢١٢ ومابعدها.

(٢) نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٦، ص ١٢٢٠، حيث قضت المحكمة بأنه يلزم « أن تكون ملكية المشترى لما يجعله شفيعاً يفضل غيره من الشفعاء الذين هم من طبقته أو طبقة أدنى (م ٣/٩٣٧ مدنى) مسجلة وقت البيع المشفوع فيه ».

العدالة تقتضى ألا يكون فى مركز أسوأ لو أنه اشترى العقار حيث يستطيع باقى الشفـعاء، الذى من طبقـته أو من طبقـة أدنى، أخذ العقار منـه بالشفعة. ومن أجل ذلك قـرر المشـرع هذا الحكـم بالرغم من أن هذا الفـرض لايثـيـر فكرة التزاحم بين الشفعاء بالمعنى الفـنى [1]. ولذلك يكفى لقـيام هذا الحكم توافر علته وقت الشراء، بمعنى أنه يكفى أن يتوافر فى المشترى شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء ليتعلق به الحكم ولايلـزم إستمرارها بعد ذلك كـما هو الشأن فى التزاحم بين الشفعاء.

وعلى ذلك إذا توافر للمشترى سبب من أسباب الشفـعة وزاحـمه شفعاء آخرون، فإن النص يفرق بين ثلاثة فروض :

الفرض الأول : الذى يزاحم المشـترى شفـيع أو شفـعـاء آخرون أدنى منه طبقة، يفضل المشترى على هؤلاء الشفعاء لكونهم أدنى منه طبقة وفقاً للترتيب المنصوص عليه فى المادتين السابقتين. مثال ذلك أن يشترى مالك الرقبة حصة أحد الشريكين على الشيوع فى حق الإنتفاع فإذا تقدم للأخذ بالشفعة الشريك الآخر فى حق الإنتفاع، أو تقدم الجار للأخذ بها، فإن مالك الرقبة يفضل بصفته كمشترى توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء لأنه لو كان المشترى شخصاً آخر غير مالك الرقبة، لكان مالك الرقبة نفسه شفيعاً من الطبقة الأولى من الشفعاء، وكان يستطيع أن يأخذ نفس هذه الحصة بالشفعة لو زاحمه فى ذلك الشريك المشتاع فى حق الإنتفـاع أو الجار ولذلك بقى له نفس هذا الحق عند شرائه لهذه الحصة لأن العدالة تقتضى ذلك.

الفرض الثانى : الذى يزاحم المشترى شفعاء آخرون من طبقته، وواضح أن

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٤١ ، ص ٣٣٧، هامش ٢ ، وقارن السنهورى، جـ ٤ ، فقرة ١٩٩، ص ٦١٠، حيث يرى أن تقريب هذه الحالة من حالات تزاحم الشفعاء مستساغ من الناحية العملية على الأقل.

المشرع قد انحاز للمشترى فى هذا الفرض بالرغم من أنه فى مركز واحد مع باقى الشفعاء، ويبدو لنا أن المشرع قدر أنه قد توافر لديه صفتان فى نفس الوقت، صفته كمشترى وصفته كشفيع [١] مثال ذلك أن اشترى أحد الشركاء على الشيوع فى ملكية الرقبة حق الإنتفاع الملابس لنصيبه وطلب الشركاء الآخرون فى الرقبة الشفعة فى هذا الحق، فضل عنهم الشريك المشترى. أو إذا باع شريك فى الشيوع حصته الشائعة فى العقار إلى أحد الجيران، فطلب الشفعة فيها الجيران الآخرون، فضل الجّار المشترى.

الفرض الثالث : الذى يزاحم المشترى شفعاء آخرون من طبقة أعلى، تقدم عليه هؤلاء الشفعاء، مثال ذلك إذا باع شريك فى حق الإنتفاع بالعقار حصته الشائعة إلى شريك آخر، وطلب فيها مالك الرقبة الشفعة، فضل هذا الأخير.

(١) وهذا حكم جديد أخذ به القانون المدنى الحالى على خلاف ما كان مستقراً عليه فى الفقه والقضاء انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٤ ، فقرة ٢٠٠، ص ٩١٢ ومابعدها.

المطلب الثانى : شروط الشفعة

تمهيد وتقسيم :

لما كانت الشفعة حق إستثنائى وفيه خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدنى، هى القاعدة التى تقضى بألا ينزع من المالك ملكه دون رضاه، كل ذلك كان له إنعكاس واضح على شروط الشفعة وعلى الجزاء المترتب على تخلف هذه الشروط.

ولدراسة هذه الشروط يجب أن نبدأ بنقطة البداية فى مسلسل الشفعة، وهو التصرف المنشئ لحق الشفعة، أى التصرف المشفوع فيه، وللمال المشفوع فيه، ثم نعرض بعد ذلك للشفيع الذى نشأ له حق الأخذ بالشفعة، وعلى ذلك سنعرض لهذه الشروط على النحو التالى :

أولاً : شروط التصرف المشفوع فيه.

ثانياً : شروط المال المشفوع فيه.

ثالثاً : شروط الشفيع.

ولنر ذلك بشئ من التفصيل :

أولاً : شروط التصرف المشفوع فيه

- لا شفعة إلا فى البيع :

يتضح من تعريف المشرع للشفعة ومن أحكامها أنها لاتجوز إلا فى بيع العقار. كما يجب أن يكون هذا البيع قائماً وقت تمام الشفعة. وعلى ذلك سنعرض لانحصار نطاق الشفعة فى البيع، ثم نبين ضرورة وجود البيع إلى حين تمام الشفعة.

أ - انحصار نطاق الشفعة فى البيع :

وطالما أن الشفعة قد انحصرت فى عقد البيع، لذلك يجب أن نستبعد ما عداه من تصرفات قانونية، وكذلك نستبعد البيوع التى لاتجوز فيها الشفعة، وأخيراً نبين الشروط الواجب توافرها فى هذا البيع.

١ - استبعاد ماعداه من تصرفات قانونية :

يجب بادئ ذى بدء أن يقوم القاضى بتكييف التصرف القانونى المعروض أمامه ليتحقق من أنه عقد بيع طبقاً لأحكام القانون المدنى؛ أى العقد الذى يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدى (م ٤١٨ مدنى) (١) . وبناءً على ذلك فإن أى تصرف قانونى لاينطبق عليه هذا التكييف لايعتبر بيعاً وبالتالى لايجيز الأخذ بالشفعة. وبطبيعة الحال لابد أن يكون هذا البيع بيعاً لعقار.

مقتضى ذلك لاتثبت الشفعة فى المقايضة، حيث أن الشفعة حكم استثنائى لايجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه. كما أن طبيعة المقايضة تأبى الأخذ بالشفعة (٢) لكن إذا كانت المقايضة بمعدل فإن جواز أو عدم جواز الشفعة يتوقف على حسم طبيعة هذا العقد، وهذا يتوقف بدوره على الوزن النسبى لهذا المعدل، فإذا كان هو العنصر الغالب كان العقد بيعاً، وبالتالى تجوز فيه الشفعة، إن لم يكن كذلك كان العقد مقايضة وامتنعت الشفعة.

ولا تثبت الشفعة فى التصرفات الناقلة طالما لم يثبت لها صفة عقد البيع، كالوفاء بمقابل، إذا قبل الدائن فى إستيفاء حقه عقاراً استعاض به عن

---

(١) انظر مؤلفنا فى العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٧، ص ٣٤ ومابعدها.

(٢) انظر منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٣٨ ، ص ٣٢٩.

الشيء المستحق له. حيث أن هذا التصرف وإن كان يشبه البيع إلا أنه ليس بيعاً لتخلف الثمن، كما أنه تصرف منهى للإلتزام. وكذلك تقديم عقار حصة فى شركة.

ولا تثبت الشفعة، من باب أولى فى التصرفات الكاشفة، كالقسمة[1] والصلح[2] حتى ولو تم أى من العقدين بمعدل نقدى، كما لا تثبت فى التصرفات التبرعية، سواء كانت مضافة إلى مابعد الموت، كالوصية، أم كانت منجزة كالهبة حتى ولو كانت بعوض وكان العوض مبلغاً من النقود، ما لم يتبين أن العوض يساوى قيمة العقار أو يكاد يساويها فيكون العقد فى حقيقته بيع ولو أنه سمى هبة.

٢ - استبعاد البيوع التى لايجوز فيها الشفعة :

إذا كان نطاق الشفعة منحصراً فى البيع على النحو السابق بيانه، إلا أن هناك بيوع لاتجوز الشفعة فيها استثناءً ، لذلك ينبغى أن نعرض لهذه البيوع حتى يتحدد لنا بوضوح نطاق الشفعة.

تنص المادة ٩٣٩ / ١ مدنى على أنه « لايجوز الأخذ بالشفعة :

(أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

---

(١) نقض ١٩٦٠/١١/٦، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ، ص ١١٦٤، حيث قضت المحكمة بأنه « إذا كان ماانتهى إليه الحكم من تكييف للمحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة مؤقتة، هو تكييف صحيح تؤدى إليه عبارة العقد، ثم رتب الحكم على عدم أحقية الشريك المتقاسم من الأخذ بالشفعة، فإنه لايكون قد خالف القانون» .

(٢) نقض ١٩٨٤/١٢/١٣ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٥ ، ص ٢٠٩٤، حيث قضت المحكمة بأن « الشفعة لاتكون إلا فى بيع العقار . عدم جوازها فى الصلح الواقع فى شأن ملكية العقار. أما الصلح فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع لايؤثر على بقاء البيع محل الصلح وبالتالى تجوز فيه الشفعة.

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(جـ) إذا كان العقار بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ».

يضاف إلى ذلك أن هناك تشريعات خاصة نصت على عدم جواز الشفعة فى بيوع معينة. ولنعرض لذلك بشئ من التفصيل :

(أولاً) لايجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد وفقاً لإجراءات رسمها القانون : والعلة من هذا الإستثناء هى أن مثل هذه البيوع تسمح للشفيع وغيره أن يدخل فى المزاد. علاوة على أن هذه البيوع تحاط بإجراءات معينة لتسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن، لذلك فإن منع الشفعة فى مثل هذه البيوع يهئ هذه الفرصة ويجعل كل من يرغب فى العقار التقدم للمزايدة [1] ويشترط لمنع الشفعة فى هذه البيوع شرطان : ١ – أن يتم البيع بطريق المزاد العلنى، فإذا لم يتم البيع على هذا النحو فإنه يجوز فيه الشفعة، كالبيع بطريق المظاريف المغلقة [2]. ٢ – وأن يتم البيع بطريق المزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون. ويستوى أن تكون هذه الإجراءات هى الإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات أو فى أى قانون آخر. فإذا لم يتم البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون فإنه يجوز فيه الشفعة.

فإذا توافر فى البيع هذان الشرطان فإنه يستوى بعد ذلك فى أن يكون البيع جبرياً أو إختيارياً، ثم أمام القضاء أو أمام جهات الإدارة.

(ثانياً) البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار إلى درجة معينة طبقاً لما تنص المادة ٩٣٩ / ب عليه :

---

(١) منصور مصطفى مصطفى، فقرة ١٤٠، ص ٣٢٤، السنهورى، فقرة ١٧٤، ص ٥٣٣.

(٢) نقض ١٩٤٧/١١/٢٧، مجموعة عمر ٥ ، رقم ٢٣٥ ، ص ٤٩٠.

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد منع الشفعة فى هذه الحالة لأن البيع يقوم على إعتبار شخصى ملحوظ، فالصلة الوثيقة هى التى أدت إلى البيع على هذا النحو بحيث ماكان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر. ومراعاة لهذه الإعتبارات امتنع الأخذ بالشفعة حتى لايحل محل المشترى شخص لا تتوافر بالنسبة له هذه الإعتبارات. وقد عدد القانون على سبيل الحصر الفئات التى يمتنع الأخذ منها بالشفعة :

١ – بيع الزوج لزوجته، أو بيع الزوجة لزوجها.

٢ – بيع المالك لفروعه مهما نزلوا، أو لأصوله مهما علوا.

٣ – بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشى لغاية الدرجة الرابعة.

٤ – بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية.

(ثالثا) لاتجوز الشفعة إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة، كالمساجد والكنائس والمعابد. والإستثناء ينحصر فقط فيما يباع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة فقط دون أن ينصرف إلى البيع لغرض من الأغراض العامة [١].

كما يجب أن يكون العقار المبيع مخصص لإقامة الشعائر الدينية بالمعنى الحرفى للكلمة ومايلحق بها ويكون لازم لآدائها، أى أن الأعمال الخيرية الأخرى لاتبرر منع الشفعة، فإقامة العيادات والمدارس والمكتبات وغير ذلك مما يمكن أن يلحق بدور العبادة لايمنع من الأخذ بالشفعة.

كما أن إلحاق مصلى أو مسجد بعقار معين لايمنع من الأخذ بالشفعة فى هذا العقار مادام أن الغرض الرئيسى للعقار هو لغير إقامة الشعائر الدينية. أما إذا

---

(١) نقض ١٩٥٦/٥/١٧، مجموعة أحكام النقض، س ٧ ، ص ٦٠٧.

كان العكس بحيث كان العقار مخصصاً أصلاً لإقامة شعائر دينية وألحق به مسكن للعاملين على إقامة هذه الشعائر فإنه لاتجوز الشفعة فى بيع هذا العقار.

(رابعاً) البيوع التى منعت تشريعات أخرى الأخذ بالشفعة فيها، من ذلك قانون الإصلاح الزراعى الذى نص على عدم جواز الأخذ بالشفعة فى الأراضى التى توزعها الدولة على صغار الفلاحين (م ٤/٩) وكذلك ماينص عليه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، من أنه لايجوز الأخذ بالشفعة فى العقارات التى تتصرف فيها الدولة طبقاً لأحكام هذا القانون (م ٥٨ / ٢).

– وقد سار القضاء على هذا النهج حتى ولو لم يوجد نص، فنجده يمنع الأخذ بالشفعة فى البيوع التى تراعى فيها إعتبارات تتعلق بشخصية المشترى من ناحية [١] وبمصالح عليا إجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى [٢].

« كما أن البيوع التى تتم إلى شركة التأمين التابعة للمؤسسة العامة للتأمين بثمن حدد مقداره وكيفية دفعه بطريقة خاصة، طبقاً للقرار رقم ١٤ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالحراسات تعتبر تصرفات ذات طبيعة خاصة روعيت فيها إعتبارات تتعلق بشخص المتصرف إليه وبمصالح عليا اجتماعية واقتصادية ... وبالتالى لاتعتبر بيوعاً عادية مما تجوز فيها الشفعة لأن تجويز الشفعة فيها يتنافى مع طبيعة تلك التصرفات ويفوت الأغراض المنشودة منها .... حتى ولو لم يرد نص صريح على منع الشفعة » [٣].

---

(١) نقض ١٩٩١/٣/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ٤٢ ، ص ٧٣٣.

(٢) نقض ١٩٥٦/٢/١٦، مجموعة أحكام النقض، س ٧ ، ص ٢٣٠.

(٣) نقض ١٩٦٩/٦/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ، ص ٩٤٦، نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦، مجموعة أحكام النقض ، س ٣٦، ص ١٢١٢، وقد أكدت محكمة النقض ما استقرت عليها فى أحكامها السابقة وقضت بأنه « من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان البيع مقصوراً على أشخاص مدنيين فلا يمكن حصوله لغيرهم فى هذه الأحوال مهما ألحت عليهم الحاجة =

وقد سبق أن رأينا أن الشفعة لاتجوز من مشترٍ توافرت فيه شروط الشفعة على النحو السابق بيانه.

٣ – الشروط الواجب توافرها فى البيع المشفوع فيه :

إذا كانت الشفعة لاتجوز إلا فى البيع، فإنه يلزم التحقق من توافر شروط معينة فى هذا البيع حتى تجوز الشفعة فيه.

(أ) يجب أن يكون للبيع وجود قانونى : وهذا شرط بدهى حيث أنه لايفتح المجال للأخذ بالشفعة إلا إذا كان هناك بيع قائم وموجود، وعلى ذلك إذا كان البيع باطل بطلاناً مطلقاً فلا مجال للأخذ بالشفعة، حيث أن العقد الباطل عقد لا وجود له. على العكس من ذلك إذا كان البيع قابلاً للإبطال، فإنه يجوز الأخذ بالشفعة فى هذا العقد، لأن العقد القابل للإبطال عقد قائم منتج لآثاره إلى أن يحكم

= إلى شراء العقار المبيع ومهما زايدوا على ثمنه، ويعتبر فى هذه الأحوال متراوحاً بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعى فيه إعتبارات تتعلق بشخصية المشترى من ناحية وبمصالح عليا إجتماعية أو سياسية من الناحية الأخرى وكل ذلك لايمكن تقديره بثمن. فالقضاء بالشفعة فى مثل هذه الأحوال – يتنافى مع طبيعة العقد وفيه تفويت للأغراض المنشودة منه – لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا فى صحيفة الإستئناف بأن البيع الحاصل من أولهما لثانيهما ليس من البيوع التى يجوز فيها الشفعة إستناداً إلى أنه تصرف ذو طابع خاص روعى فيه إيثار المتصرف إليه بصفته بالصفقة لما فيه من تحقيق مصالح إجتماعية وإقتصادية لهيئة التدريس بالجامعة وأن الثمن المسمى بالعقد لايمثل حقيقة قيمة العين المبيعة وقت البيع فإن الحكم المطعون فيه إذ رد على دفاع الطاعنين بمجرد القول بأن الجمعية التى يمثلها الطاعن الثانى لها شخصية إعتبارية مستقلة عن الجامعة التى يمثلها الطاعن الأول دون أن يمحص دفاعهما من أن البيع روعى فيه إعتبارات خاصة بالمشترى وأن هذه الإعتبارات كان لها أثرها فى تحديد الثمن، رغم أنه دفاع جوهرى من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وكان ما أورده الحكم بصدده لايواجهه ولايصلح رداً عليه فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب يوجب نقضه».

وانظر أيضاً : نقض ١٩٩١/٣/١٣، س ٤٢ ، ص ٧٣٣، ١٩٩١/٥/٢٨، س ٤٢، ص ١٢٢١.

بإبطـاله[١]. وكذلك الأمر بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ فهو عقد صحيح منتج لآثاره إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ [٢].

كما أن التقايل فى البيـع لايعتبر بيـعاً جـديداً يتولد عنـه للشفـيع حـق الشفـعة لأن التقـايل فى البـيع هـو فسـخ له بتراضـى الطرفين لا إنشاءً لبيع جديد ومن شأنه فى قصد المتعـاقدين إعـادة الحـالة إلى ماكانت عليـه قبـل البيع ومحـو كل أثر له مما لايكون معه أساس لطلب الشفعة. وعلى ذلك فمتى كـان التـقـايل قـد حـصل قبـل طلـب الشـفـعـة فإنـه يعـدم أثر البـيع الأول ولايبقى محل لطلـب الشفعة [٣] لكن التقايل الذى يتم بعد طلب الشفعة فلا أثر له على حق الشفيع، وإلا استطاع الطرفين إسقاط حق الشفعة بإرادتيهما كلما عنّ لهما ذلك.

---

(١) نقض ١٩٧٩/١/١٠ مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، ص ١٧٣ ، حيث قضت المحكمة بأن «بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى فيما لم يستعمله بالفعل بقى عقد بيع قائماً منتجاً لآثاره وتثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفياً لأركانه ولو حمل سبباً لبطلانه ويحل فيه الشفيع محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته لايملك تعديله ...».

(٢) نقض ١٩٨٢/٣/١٢ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٣٢ ، ص ٧٨٦، وإن كانت المحكمة تخلط بين الشرط الفاسخ كوصف والذى يجعل حق الدائن مهدداً بالزوال والشرط الفاسخ كجزاء لعدم تنفيذ الإلتزام المقابل فى العقد الملزم للجانبين .

انظر فى هذه التفرقة مؤلفنا النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثانى، أحكام الإلتزام ، بيروت، ١٩٩٥، ص ٢١٤.

(٣) نقض ١٩٥٤/٣/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٥ ، ص ٦٦١، قارن السنهورى، الوسيط ، جـ ٩ ، فقرة ١٧٠، ص ٥٠٦، ٥٠٧، وهامش ٣. عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٢ ص ٤١٥ . ونكتفى بالتعليق على هذا الرأى بأن المحكمة لاتقصد بالفسخ هنا المعنى الفنى الدقيق ولكنها تقصد به زوال الرابطة العقدية والتقايل من التصرفات المهنية لا المنشئة وبالتالى لاتجوز فيها الشفعة ما لم يتبين من قصد المتعاقدين خلاف ذلك.

أما بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف يذهب الفقه فى مجموعة إلى إجازة الشفعة فيه [1]، وكذلك القضاء [2] على أساس أن البيع وإن كان غير نافذ إلا أنه موجود.

(ب) **يجب أن يكون البيع حقيقياً** : على ذلك لايكفى للأخذ بالشفعة أن يكون البيع موجوداً من الناحية القانونية وإنما يلزم أن يكون البيع هو التصرف الحقيقى الذى قصد إليه المتعاقدان.

- إذا كان البيع مستوراً بتصرف آخر، كما لو كانت هناك هبة ساترة للبيع، فإنه يجوز للشفيع أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات، فإذا نجح فى إثبات أن العقد فى حقيقته بيع وليس هبة، جاز له أن يطالب الأخذ بالشفعة فى هذا العقد.

وهذا الفرض لايثير مشكلة حيث أن الشفيع كان يسعى إلى إثبات صورية التصرف للإعتداد بالتصرف الحقيقى المعول عليه سواء فى العلاقة بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

- لكن إذا كان البيع يستر هبة، فيكون عقد البيع صورياً، فهل يجوز للشفيع التمسك بعقد البيع الصورى ليطلب الأخذ بالشفعة ؟ الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على معرفة ما إذا كان الشفيع يعتبر من الغير فى خصوص

---

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٤ ، فقرة ٣٢٥، ص ٣٠٩، شفيق شحاته، فقرة ٢٦٤ ، ص ٤٧٤ ، إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٨١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٩ ، ص ٣٣٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٢ ، ص ٤١٢، ٤١٣، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٧٠، ص ٥٠٣، ٥٠٥، جمال الدين زكى، فقرة ٢٢٦، ص ٤١١، ٤١٢، انظر عكس ذلك، محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢٦٣، ص ٤٥١، حسن كيرة، فقرة ٣٣١، ص ٥٨٧، ٥٨٨.

(٢) نقض ١٩٤٧/٤/٣، مجموعة عمر، جـ ٥ ، رقم ١٨٢، ص ٣٩٥؛ ١٩٥١/١١/٢٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣ ، ص ١١٧.

الصورية أم لا ؟ الفقه إزاء هذه المسألة منقسم [1]، فمن الفقهاء [2] من يرى أن الشفيع ليس من الغير في الصورية، لأنه ليس دائناً ولا خلفاً خاصاً لأي من المتعاقدين طبقاً لنص المادة ٢٤٤ / ١ مدنى.

وقد ذهب بحق بعض الفقهاء [3] إلى إعتبار الشفيع من الغير، على أساس أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه. وذلك لأن منطق الغير في الصورية يتحدد على أساس وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصورى واطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقى فبنى عليه تعامله وهذا هو الرأى الذى استقر عليه القضاء [4] ويترتب على هذا الخلاف نتيجة فى غاية الأهمية، حيث طبقاً للرأى الأول لايجوز للشفيع التمسك بالعقد الظاهر الصورى وهو البيع، وإنما يجوز للمشترى أن يحتج عليه بالعقد

---

(١) انظر تفصيل ذلك مؤلفنا، أحكام الإلتزام، ص ١٧٠.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٢٣٧، ص ٣٢٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٣، ص ٤١٦، ٤١٧، السنهورى، الوسيط، جـ ٢ ، فقرة ٦٢١، ص ١٠٨٨ ومابعدها، وبصفة خاصة ص ١٠٩٠، ص ١٠٩٤، جمال الدين زكى، فقرة ٢٢٦، ص ٤١٣ – ٤١٥، حسن كيرة، فقرة ٣٣١، ص ٥٩٠.

(٣) محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢٥٨، ص ٤٤٤، ٤٤٥، إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثانى، أحكام الإلتزام، فقرة ٩٠ ، ص ٢٠٥، عبد المنعم البدراوى، النظرية العامة للإلتزامات، فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى، أحكام الإلتزام، ١٩٧٣، فقرة ١٥٦، ص ١٨٠، أحمد سلامة، أحكام الإلتزام، فقرة ٥٨، مصطفى الجمال، فقرة ٣٠٤، عزت حنورة، فقرة ٧٤، ص ١١٩.

(٤) نقض ١٩٤٤/١١/٢٣، مجموعة عمر، جـ ٤ ، رقم ١٦١، ص ٤٥٣، نقض ١٩٥٢/٥/١٥، مجموعة أحكام النقض ، س ٣، ص ١٠٦٣، ١٩٥٤/٣/٢٥، س ٥، ص ٦٣٥، ١٩٦٦/١٠/١٨، س ١٦، ص ١٣٨٤، ١٩٧٠/٤/١٤، س ٢١، ص ٦١٨، ١٩٧٥/٦/١١، س ٢٦، ص ١٢٠١، ١٩٧٩/١٢/١٢، س ٣٠، ص ٢٦١، ١٩٨١/٢/٢٦، الطعن رقم ٤٣١، سنة ٤٨ ق ، ١٩٨٢/١٢/١١، الطعن رقم ٨٤٠، سنة ٤٩ ق، ١٩٨٤/١/٢٤، س ٣٥، ص ٢٨٤، ١٩٨٥/١/١٥، س ٢٦، ص ١١٩.

الحقيقى المستور، الهبة، مما يحرمه بالتالى من الشفعة. بينما طبقاً للرأى الثانى يجوز للشفيع باعتباره من الغير أن يتمسك بالعقد الصورى الظاهر وهو البيع متى كان حسن النية، وبالتالى يجوز له طلب الأخذ بالشفعة دون أن يستطيع المشترى الدفع فى مواجهة بالعقد الحقيقى المستور.

وقد قضت محكمة النقض [1] بأن « الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين - البائع والمشترى - فله التمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، وله أن يتمسك بأن العقد الظاهر يتضمن واقعة صورية كتقديم تاريخه إلا أنه يقع عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات على أساس أن هذه الواقعة تعد بمثابة واقعة مادية بالنسبة له ».

وإذا كانت الصورية لاتتناول إلا الثمن، فإن الموقف بالنسبة إلى الشفيع يختلف فيما إذا كان الثمن المذكور فى العقد أكبر من الثمن الحقيقى لإثناء الشفيع عن الأخذ بالشفعة كان للشفيع أن يثبت الثمن الحقيقى، فإذا نجح فى هذا الإثبات فإنه لايلتزم إلا بدفع هذا الثمن. وله فى إثبات الثمن الحقيقى أن يلجأ إلى جميع طرق الإثبات لأنه ليس طرفاً فى العقد المشفوع فيه.

أما إذا كان الثمن المذكور فى العقد أقل من الثمن الحقيقى، بقصد التهرب من رسوم التسجيل مثلاً، ثم طالب الشفيع بالأخذ بالشفعة، فإنه لايجوز لأى من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقى للإحتجاج به على الشفيع، حيث يعتبر الشفيع، وفقاً لما هو مستقر عليه فقهاً وقضاءً ، من الغير فى الصورية ومن ثم لايجوز أن يحتج عليه إلا بالثمن المذكور فى العقد الظاهر [2].

---

(١) نقض ١٩٨٣/٥/٢٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ١٣٢٢.

(٢) نقض ١٩٥٣/١/٢٩، مجموعة أحكام النقض، س ٤، ص ٤١١.

نخلص مما تقدم أن الشفيع يعتبر، حسب الرأى الغالب فقهاً وقضاءً ، من طائفة الغير فى خصوص الصورية **وبالتالى يكون له أن يتمسك بالعقد الحقيقى إذا كان محققاً لمصلحته**. ويكون له إثبات التصرف الظاهر بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك الشهادة والقرائن ولو كان التصرف الظاهر ثابتاً بالكتابة ولو زادت القيمة عن النصاب القانونى للشهادة. والعلة فى ذلك أنه كان يستحيل على الشفيع أن يحصل على سند كتابى لإثبات صورية عقد لم يكن طرفاً فيه ولذلك يستطيع الشفيع أن يثبت بكل طرق الإثبات صورية الثمن المذكور فى العقد فيثبت أن الثمن الحقيقى أقل من الثمن الظاهر. كما له أن يثبت أيضاً أن حقيقة العقد بيع وليس هبة. وهذا يتفق مع القاعدة العامة فى الصورية. وهى أن العبرة بما انصرفت إليه الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. **كما يكون له أن يتمسك بالعقد الصورى إذا كان محققاً لمصلحته**. وتبرير ذلك أن مبدأ إستقرار المعاملات يقتضى إحترام الثقة المشروعة فى الوضع الظاهر. فقد أوجد المتعاقدان فى العقد الصورى مظهراً كاذباً اعتمد عليه الغير واطمأن إليه. فهو لم يكن يتسطيع أن يستشف حقيقة ما اتفقا عليه فوجب حماية الغير بأن يؤخذ بالإرادة التى يمكن التعرف عليها ولو اختلفت عن الإرادة الحقيقية [1] **ولكن يشترط حتى يستطيع الشفيع أن يتمسك بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية وقت تعامله**، أى يجهل وجود العقد المستتر فى ذلك الوقت، وحسن النية مفروض وعلى من يدعى العكس إثبات مايدعيه. وإذا أشهر العقد المستتر فلا يقبل من الشفيع أن يحتج بالجهل به بعد ذلك إذ أنه بشهره لم يعد مستتراً [2].

---

(١) إسماعيل غانم، الأحكام ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١١، وبصفة خاصة المراجع المشار إليها فى هامش ١.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، أنور سلطان، أحكام الإلتزام، فقرة ٨١، ص ٧٠، ومع ذلك قارن السنهورى، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٦٢٣، ص ١١٠٢، هامش ٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٤، ص ٤٢١.

(جـ) **يجب أن يكون البيع بيعاً صرفاً** : يجب لجواز الشفعة أن يكون البيع الصادر إلى المشفوع منه بيعاً خالصاً لاتختلط به عقود أخرى. ولذلك لايجوز الأخذ بالشفعة إذا كان البيع قد روعيت فيه اعتبارات خاصة تتعلق بشخص المشترى وتحقيق مصالح عامة اقتصادية أو اجتماعية، ولذلك إذا كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة فى شرائها ومهما زايدوا على أثمانها، ويعتبر البيع فى هذه الأحوال متراوحاً بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعى فيه الإعتبارات السابقة[1].

(د) **أن يكون البيع تاماً** : ينبغى أن يكون البيع المشفوع فيه قد أبرم بصفة نهائية وأصبح ملزماً لطرفيه. وحيث أن الشفعة لاتكون إلا فى عقار فقد ساد فى هذا المجال وجود مايسمى بالعقد الابتدائى الذى يقوم فيه المتعاقدان بإثبات رضائهما بالعقد وبشروطه إنتظاراً إلى إعادة تحريره من جديد فى عقد نهائى يتمشى مع مقتضيات التسجيل [2] وصفة العقد بأنها ابتدائى لاتنتقص من تمام العقد وبالتالى تجوز فيه الشفعة كما تجوز فى العقد النهائي [3]، لأن العقد الابتدائى عقد كامل ونهائى وأنه هو ذات العقد الذى يقصده عاقداه أولاً وأخيراً،

---

(١) نقض ١٩٥٦/٢/١٦، مجموعة أحكام النقض، س ٧ ، ص ٢٣٠، نقض ١٩٦٩/٦/١٢، س ٢٠، ص ٩٤٦، نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦، س ٣٦، ص ١٢١٢، نقض ١٩٩١/٣/١٣، س ٤٢، ص ٧٣٣، ١٩٩١/٥/٢٨، س ٤٢، ص ١٢٢١.

ويؤيد الفقه هذا الإتجاه، انظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٨، ص ٣٣١، ٣٣٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦١، ص ٤٠٩، ٤١٠، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٧٠، هامش ٢، ص ٤٩٤، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٢٧٣، ص ٣٧٦، ٣٧٧، حسن كيرة، فقرة ٣٣١، ص ٥٩١.

(٢) نقض ١٩٤٦/١/١٦، مجموعة عمر، هـ ٥، رقم ١٢٨، ص ٢٨٢.

(٣) إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٨١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٩، ص ٣٣٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٤، ص ٤٢١، ٤٢٢، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٧٠، ص ٥٠٠ - ٥٠٢، حسن كيرة، فقرة ٣٣١، ص ٥٩١، ٥٩٢.

فهو وصف لايرد على العقد فى ذات أحكامه، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التى تبدأ صياغته من أن تجئ عليها، لتتغير فيما بعد لتصير فى شكلها النهائى، فالعقد الابتدائى والعقد النهائى فى مجال البيع لايعدو أن يكونا مسميين لعقد واحد، هو عقد البيع مجرداً عن النعت والتخصيص. فاصطلاح «العقد الابتدائي» يعنى العقد فى صورته الأولية، قبل التسجيل، فى حين إصطلاح «العقد النهائي» يعنى ذات العقد، ولكن فى صورته النهائية التى تتمشى مع مقتضيات إجراءات التسجيل [١].

كما لايمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون البيع المشفوع فيه مقترناً بالعربون، حيث أن هذا العقد متحقق له الوجود، وإن كان لكل من طرفيه حق العدول ما لم يكن متفقاً على دلالة البتات.

- الشفعة فى عقد البيع غير المسجل :

لايشترط لجواز الشفعة أن يكون البيع المشفوع فيه مسجلاً [٢]. فعقد بيع العقار مازال عقداً رضائياً ينعقد بمجرد التراضى دون حاجة إلى أى شكل أو إجراء خاص. ويرتب عقد البيع جميع آثاره بمجرد إنعقاده فيما عدا نقل الملكية إذ يتوقف ذلك على تسجيل العقد. والتسجيل ليس ركناً فى البيع وإنما إجراء لاحق ولازم لترتيب الأثر العينى على عقد البيع وهو نقل الملكية، ولايتوقف هذا الأثر على إرادة البائع وإنما يمكن اقتضاءه منه عيناً عن طريق دعوى صحة التعاقد. علاوة على ذلك فإن أحكام الشفعة لم تتطلب لقيام حق الشفعة أن يكون المشترى قد تملك العقار المشفوع فيه بالرغم من اشتراط ذلك صراحة فى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، موسوعة القانون المدنى المصرى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٤، فقرة ٧٩، ص ١٦٧ ومابعدها.

(٢) نقض ١٩٧٠/١١/١٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢١، ص ١١٣٠، ١٩٨٥/٢/١٢، س ٣٦، ص ٢٠٩.

الشفيع. وهذا ما وضح عند مناقشة أعضاء اللجنة المكلفة بإعداد مشروع التقنين المدنى الحالى ورفضها الإقتراح الذى كان يتطلب تسجيل البيع المشفوع فيه للأخذ بالشفعة على خلاف ماهو مستقر عليه فقهاً وقضاءً.

وعلى ذلك يكفى لقيام الحق فى الشفعة وقوع البيع الذى تجوز فيه الشفعة على النحو السابق بيانه. وهذا ما استقر عليه القضاء (١)، وأيده الفقه فى مجموعه (٢).

كما لايلزم أن يكون البيع المشفوع فيه ثابت التاريخ (٣) ومن ثم تجوز الشفعة فى عقد البيع العرفى غير ثابت التاريخ لكن لايحتج بهذا التاريخ على الغير. وعلى ذلك لايعتبر تاريخ هذا البيع حجة على الشفيع، باعتباره من الغير، إلا إذا كان ثابتاً. بمعنى إذا كان التاريخ العرفى لعقد البيع سابقاً على تاريخ تملك الشفيع للعقار المشفوع به فإنه لايجوز الإحتجاج به عليه طالما أن هذا التاريخ غير ثابت (٤).

---

(١) نقض ١٩٤٥/٢/١٥، مجموعة عمر، جـ ٤ ، رقم ٢٠٩، ص ٥٦٨، ١٩٥٤/٢/١٨، مجموعة أحكام النقض، س ٥ ، ص ٥٣٠، ١٩٨٠/٢/١٢، ص ٣١، ص ٤٨١، ١٩٨٥/٢/١٢، ص ٣٦، ص ٢٥٩.

(٢) شفيق شحاته، فقرة ٢٦٥، ص ٢٧٥، إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٨١، منصور مصطفى منصور، الوسيط، جـ ٩، ص ٣٣٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٤، ص ٤٢١ ومابعدها، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٧١، ص ٥١٠، ومابعدها، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٢٨١، ص ٣٨١ ومابعدها، جمال الدين زكى، فقرة ٢٢٧، ص ٤١٥ ومابعدها، حسن كيرة، فقرة ٣٣٢، ص ٥٩٣ ومابعدها. انظر عكس ذلك محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢٦٩، ص ٤٥٨ ومابعدها.

(٣) نقض ١٩٥٤/٣/٤، مجموعة أحكام النقض، ص ٥، ص ٥٨٣، نقض ١٩٨٥/٢/١٢، ص ٣٦، ص ٢٥٩.

(٤) عبد المنعم البدراوى، فقرة ٤٢٨، ص ٤٥٧، انظر عكس ذلك الفقهاء الذين لايعتبرون الشفيع من الغير السابق الإشا رة إليهم فيما سبق.

ب – يجب أن يظل البيع قائماً إلى أن تتم الشفعة :

إذا كان يلزم أن يكون هناك بيع مما تجوز فيه الشفعة وأن يتوافر فى هذا البيع الشروط الواجب توافرها فيه على النحو السابق بيانه عند طلب الشفعة إلا أنه يلزم أيضاً أن يستمر هذا البيع قائماً من الناحية القانونية إلى أن تتم الشفعة. فالنتيجة النهائية فى الشفعة هى حلول الشفيع محل المشترى فى عقد البيع المشفوع فيه، وهذا يستلزم عقلاً ومنطقاً بقاء العقد الذى يجب أن يتم فيه هذا الحلول.

وعلى ذلك إذا تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف فإن العقد المشفوع فيه يزول بأثر رجعى، فإذا كان ذلك قبل طلب الشفعة فإن الحق فى الأخذ بالشفعة يزول معه لتخلف شرط جوهرى وهو وجوب أن يكون البيع الشمفوع فيه قائماً وقت طلب الأخذ بالشفعة.

أما إذا كان الزوال بعد إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فإنه يزول معه حق الشفيع، لتخلف شرط إستمرار البيع قائماً حتى تمام الشفعة. مع مراعاة أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ولو تخلف إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف، كالمدين فى الشرط الواقف والدائن فى الشرط الفاسخ، قد حال دون تحققه بفعله، كما يعتبر الشرط متخلفاً حكماً، إذا كان تحققه راجعاً إلى فعل من جانب الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق، كالدائن فى الشرط الواقف والمدين فى الشرط الفاسخ.

وكذلك الحال بالنسبة لانفساخ العقد المشفوع فيه بقوة القانون لاستحالة التنفيذ بقوة قاهرة، لكن إذا كان للبائع أن يطلب فسخ البيع لعدم دفع المشترى للثمن قبل طلب الشفعة، فإن هذا الحق يفقد مبرره بعد إعلان الرغبة فى الشفعة حيث أن الشفيع سيقوم بإيداع الثمن. كما أن التقايل بعد طلب الشفعة لايؤثر

فى قيام حق الشفيع إذ لايملك البائع والمشترى إسقاط الشفعة، بعدما نشأ الحق فيها بإرادتهما [1].

لكن فى حالة ما إذا كان البيع المشفوع فيه مقترناً بعربون أو كان قابلاً للإبطال لمصلحة البائع فإن إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة لايحول دون إستعمال البائع لحق ثابت له بمقتضى الإتفاق أو القانون، ويترتب على إستعمال البائع لحقه زوال العقد المشفوع فيه وبالتالى زوال حق الشفيع فى الشفعة لتخلف شرط وجوب إستمرار البيع قائماً إلى حين تمام الشفعة.

أما إذا كان عقد البيع المشفوع فيه قابلاً للإبطال لمصلحة المشترى، فإن للمشترى الحق فى طلب الإبطال كما له الحق فى الإجازة، كما وقد يسقط هذا الحق بالتقادم. فإذا بادر المشترى وطالب بإبطال البيع المشفوع فيه قبل طلب الأخذ بالشفعة فإن هذا العقد يزول ويزول معه حق الأخذ بالشفعة. أما إذا كان الشفيع قد بادر فى طلب الأخذ بالشفعة قبل طلب المشترى إبطال العقد فإن إصرار المشترى بعد ذلك على طلب الإبطال ليس له مايبرره لأن القصد من تقرير الإبطال لمصلحته هو حمايته عن طريق السماح له بالتخلص من العقد الضار بمصلحته وطلب الشفيع الأخذ بالشفعة سيحقق له نفس الغرض دون أدنى ضرر. ولذلك سيكون المشترى متعسفاً فى إستعمال حقه فى طلب الإبطال ويحق للشفيع أن يطالب بالتعويض وخير تعويض فى هذه الحالة الحكم ببقاء العقد وحلول الشفيع فيه محل المشترى وخاصة وأن المشترى لن يضار من ذلك إذ نتيجة الشفعة سيخرج من هذه العلاقة كما كان يبغى من وراء طلب الإبطال.

وكذلك الحال عندما يكون البيع المشفوع فيه مقترناً بعربون، ولم يستعمل المشترى حقه فى العدول قبل طلب الشفيع الأخذ بالشفعة. إذ استعمال حق

---

(١) نقض ١٩٨٠/٦/٣، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ١٦٥٧.

العدول من جانب المشترى بعدطلب الشفيع الأخذ بالشفعة لايكون له مايبرره وخاصة وأنه سيتحقق له غرضه فى التخلص من العقد عن طريق حلول الشفيع محله.

ثانياً : شروط المال المشفوع فيه :

- لا شفعة إلا فى عقار - وفى العقار كله :

هناك شرطان يجب توافرهما فى المال المبيع المشفوع فيه : ١ - يجب أن يكون المبيع عقاراً . ٢ - يجب أن تطلب الشفعة فى العقار كله، إذ المبدأ أن الشفعة لاتقبل التجزئة على النحو الذى سوف نراه.

١ - يجب أن يكون المبيع المشفوع فيه عقاراً :

لا شفعة إلا فى العقار، أمر مستفاد من تعريف الشفعة ذاته (م ٩٣٥ مدنى) وكذلك من جميع الأحكام المنظمة للشفعة. والشفعة لاتكون إلا فى البيع الذى يرد على عقار بوصفه عقاراً. فإذا بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل، كما لو بيع البناء معد للهدم، فإن الشفعة لاتجوز فيه. كما أن الشفعة لاتجوز فى بيع العقار بالتخصيص إستقلالاً عن العقار الأصلى. ولكنه إذا بيع مع العقار الأصلى، فإن الشفعة تشمله باعتباره من ملحقاته. وكما هو واضح فإن العقار الذى تجوز فيه الشفعة هو العقار بالطبيعة، وهو كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله منه دون تلف (م ١/٨٢ مدنى). ويستوى أن يكون هذا العقار أرضاً أو بناءً ، ويستوى أن تكون أراضى معدة للبناء أو غير معدة للبناء مع تفصيل فى الأحكام بحسب السبب الموجب للشفعة على النحو السابق بيانه.

والعبرة بالشفعة هى بحالة العقار المشفوع فيه وقت بيعه، فإن أقام المشترى عليه بناء أو غرس فيه أشجار سواء قبل أو بعد إعلان الرغبة، فإن ذلك لايحول دون الحق للشفيع بأحقيته للشفعة طالما قد توافر لديه أسبابها واستوفى إجراءاتها

القانونية. وآية ذلك أن المشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الآثار المترتبة على الحق بثبوت الشفعة طبقاً لنص ا لمادة ٩٤٦ مدنى [١].

كما أن الحق العينى الذى يقع على عقار يعتبر مالاً عقارياً. ومن ثم تجوز الشفعة فى بيع أى حق عينى عقارى أصلى مما يجوز بيعه إستقلالاً، كحق الإنتفاع [٢]، وملكية الرقبة وحق الحكر. أما المنقول فلا شفعة فيه وإنما استرداد إذا كان مملوكاً على الشيوع، وكذلك فى المجموع من المال، إذا قام أحد الشركاء ببيع بالممارسة لحصة شائعة فيه لأجنبى (م ٨٣٣ مدنى مصرى). وحق الإسترداد فى المنقول وحق الشفعة فى العقار يتفقان فى علة تقريرهم فى مجال الشيوع، وهو منع دخول الأجنبى بين الشركاء فى الشيوع. لكن للشفعة نطاقاً يجاوز حالة الشيوع، فالشفعة تثبت للشريك فى الشيوع وغيره من الشفعاء على النحو السابق بيانه. ولذلك تنفرد الشفعة بقيود وأحكام لاتجدها فى الإسترداد. وحق الإسترداد يثبت فى بيع حصة شائعة فى مجموع من المال، كالتركة، والمتجر، وذلك لو اشتمل هذا المجموع على عقار باعتباره أحد عناصره. ولكن يجب تسجيل الإتفاق الذى يتم به الإسترداد أو الحكم الذى يصدر به حتى تنتقل ملكية الحصة الشائعة فى العقار من البائع إلى المسترد.

٢ - عدم قابلية الشفعة للتجزئة :

قد كانت المادة ٢/١٣٨٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تنص على أن « والحق فى الشفعة لاينتقل بالحوالة، وإنما ينتقل بالميراث، وهو حق لايتجزأ فى إستعماله» لكن لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ حذفت هذه

---

(١) نقض ١٩٧٩/٣/٥، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، ع ١ ، ص ٧٠٨.

(٢) نقض ١٩٨٥/٤/٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣٦، ص ٥٦٥، حيث قضت المحكمة « بأن مفاد النص فى المادة ١/٩٨٥ من القانون المدنى أن حق الإنتفاع يمكن كسبه بالشفعة فى حالة بيعه إستقلالاً دون الرقبة الملابسة له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة».

الفقرة، بسبب الخلاف حول توريث حق الشفعة أو تجزئته، وترك حكمها لاجتهاد القضاء (١).

والفقه مجمع والقضاء مضطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة، كما أن هذا هو الحكم فى الفقه الإسلامى (٢). القاعدة إذن أن الشفعة لاتقبل التجزئة، بمعنى أن الشفيع يجب أن يشفع فى العقار المبيع كله حتى لاتتجزأ الصفقة على المشترى (٣).

وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن محل تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة أن يكون المبيع عقاراً واحداً أو عقارات متعددة متصلة، أى متلاصقة، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة إستغلال واحدة بحيث أن إستعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من الإنتفاع » (٤).

على ضوء ذلك يجب أن نفرق بصدد تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة بين عدة فروض :

الفرض الأول : أن يكون المبيع عقاراً واحداً، فإن عدم قابلية الشفعة للتجزئة يعنى عدم جواز طلب الشفعة إلا بالنسبة للمبيع كله. فلا يجوز للشفيع أن يشفع فى جزء ويترك الجزء الآخر. وإذا تعدد الشفعاء وكان مقتضى التزاحم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٦ ، ص ٣٥٦.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٦٩ ، ص ٤٨٣.

(٣) نقض ١٩٨٤/١/٢٤ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٥، ص ٢٨٤ ، نقض ١٩٨٥/٤/٩ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٦، ص ٥٦٥ ، حيث قضت المحكمة أن « القاعدة المقررة لعدم تجزئة الشفعة تعنى أنه لايجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون بعضه الآخر حتى لايضار المشترى بتبعيض الصفقة عليه ».

(٤) نقض ١٩٤٨/٥/١٣ ، مجموعة عمر ٥ ، رقم ٣١٠، ص ٦١٥ ، ١٩٦٥/١/١٤ ، مجموعة أحككام النقض، س ١٦ ، ص ٥٢ ، ١٩٧٩/٦/٧ ، س ٣٠، ع ٢ ، ص٥٧٨.

أن يقسم المبيع بينهم، فيجب أن يطلب كل منهم الشفعة فى العقار كله [(١)] فى الحالة التى تكون فيها الرقبة أو المنفعة أو الحكر لعدة أشخاص، بيع كل الرقبة أو المنفعة أو الحكر. جاز لأصحابه مجتمعين أن يأخذوا المبيع بالشفعة حيث يكون إستحقاق كل منهم على قدر نصيبه. أما إذا طلب الشفعة أحد هؤلاء وحده فلا يجوز له أن يشفع إلا فى القدر من المبيع الذى يلابس حقه، أى بقدر نصيبه فى الرقبة أو المنفعة أو الحكر. وهذا الحكم مقرر بالنسبة لمالك الرقبة والمنتفع فيجب تعميمه لإتحاد العلة فى تقرير الشفعة فى كل هذه الحالات، وهى جمع عناصر الملكية فى يد واحدة [(٢)]. لكن تطبيق هذه القاعدة رهين بعدم تجزئة الشفعة، فإذا كانت الصفقة غير قابلة للتجزئة بطبيعتها أو فى ضوء الغرض المقصود منها فلا يحق لأحدهم طلب الشفعة لا فى القدر من المبيع الذى يلابس حقه حتى لاتتجزأ الصفقة [(٣)]، ولا فى المبيع كله لأنه لايتوافر فيه أسباب الشفعة إلا فى حصة منه [(٤)].

الفرض الثانى : أن يكون المبيع عدة عقارات بيعت صفقة واحدة، أى بعقد واحد. يجب أن نفرق هنا بين حالتين.

الحالة الأولى : إذا كانت هذه العقارات منفصلة أى غير متلاصقة وليست مخصصة لعمل واحد أو لطريقة إستغلال واحدة، فإن للشفيع أن يطلب منها ما

---

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، فقرة ٣٨٢، ص ٣٧٩، محمد على عرفة، هـ ٢ ، فقرة ٢١٧، ص ٣٩٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣، ص ٣٣٩، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣١، نقض ١٩٩٢/٥/٧، الطعن رقم ١٤٥٨، سنة ٥٧ ق. كما أنه ليس لمن طلب الشفعة فى جزء من العين المبيعة أن يعدل إلى طلب الشفعة فى العين برمتها مادام قد فوت على نفسه المواعيد المقررة للأخذ بالشفعة ، نقض ١٩٨٨/١١/٢٩، الطعن رقم ٧٣، سنة ٥٦ ق.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣١.

(٣) قارن حسن كيرة، فقرة ٣٣، ص ٦٠٣، حيث يرى جواز ذلك ، ص ٦٠٤.

(٤) قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣، ص ٣٣٩.

توافرت له فيها أسباب الشفعة دون العقارات الأخرى [١] بل وله أن يختار من بينها مايريد أخذه بالشفعة فلا يتحتم عليه أن يشفع فى كل ماتوافرت فيه شروط الشفعة [٢]. وإذا كانت العقارات المبيعة قد بيعت جميعاً بثمن إجمالى، فيقدر ما يخص العقار أو العقارات المشفوع فيها من هذا الثمن بواسطة أهل الخبرة.

الحالة الثانية : إذا كانت العقارات المبيعة متصلة أى متلاصقة أو منفصلة ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة إستغلال واحدة بحيث يكون إستعمال حق الشفعة با لنسبة إلى جزء منها يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من إنتفاع[٣]. كما لو كان الغرض هو تخصيص العقارات جميعاً لإنتاج مايحتاجه مصنع قائم بجوارها [٤].

فى هذه الحالة إذا كانت شروط الشفعة متوفرة للشفيع بالنسبة لجميع العقارات فيجب إذا ما أراد أن يشفع أن يشفع فى الجميع حتى لاتتجزأ الصفقة على المشترى. أما إذا توافرت شروط الشفعة فى بعضها ولم تتوافر فى البعض الآخر فلا تجوز الشفعة أصلاً، إذ لاتجوز فى العقارات جميعاً لأن من بينها ما لاتتوافر فيه شروط الشفعة، ولا تجوز فيما توافرت فيه الشروط وحده حتى لاتتجزأ الصفقة على المشترى [٥].

---

(١) نقض ١٩٥٤/٢/١٨، مجموعة أحكام النقض، س ٥، ص ٥٣٠، نقض ١٩٥٧/٤/٤، مجموعة أحكام النقض، س ٨، ص ٢١٤.

(٢) إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٤١، منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٤٣، ص ٣٤٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣٢.

(٣) نقض ١٩٦٥/١/١٤، س ١٦، ص ٥٢، ١٩٧٩/٦/٧، س ٣٠، ع ٢ ، ص ٥٧٨.

(٤) نقض ١٩٤٨/٥/١٣، مجموعة عمر ٥، رقم ٣١٠، ص ٦١٥.

(٥) عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٢٥٩، ص ٣٦٠، إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٤١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣، ص ٣٤١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣٣.

بينما يذهب بعض الفقهاء [١] إلى أن الشفعة فى هذه الحالة تجوز فى العقارات التى تتوافر فيها شروط الشفعة؛ وبالنسبة لباقى العقارات يكون للمشترى أن يجبر الشفيع على أخذ كل الصفقة حتى لاتتجزأ عليه، وحينئذ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات حتى ما لم تتوافر فيه الشروط، أو أن يتركها جميعاً حتى ما توافرت فيه الشروط. ويعيب هذا الرأى أنه يخالف القواعد العامة حيث يوسع من نطاق الشفعة، إذ يمكن الشفيع من أن يحصل على عقارات لاتتوافر فيها شروط الشفعة [٢].

إذ ا تضرر المشترى لترك باقى الصفقة تحت يده رغم ضعفها وصعوبة إستغلالها وأظهر الشفيع استعداده لأخذ هذا الباقى رفعاً للضرر عن المشترى فإن هذا لايمنع من أن يتم الأخذ بالشفعة فى الجزء الذى يتوافر له فيه أسبابها وأن يتم أ خذ الباقى بالتراضى لا بالشفعة [٣].

الفرض الثالث : أن يكون المبيع عقاراً واحداً بيع لعدة أشخاص، فى هذا الفرض يجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان البيع لعدة أشخاص على الشيوع، فقد كان قانون الشفعة السابق لايجيز الشفعة إلا فى العقار بتمامه (م ١١) وهذا ما يأخذ به

---

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٢٣٩، ص ٣٨١، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٤٠٦، شفيق شحته، فقرة ٢٦٠، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٦٩، ص ٤٨٩، عزت حنورة، فقرة ١١٠، ص ١٧١، ١٧٢.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣٤، وقارن حسن كيرة، ٣٣٤، ص ٦٠٢، حيث يرى أنه إذا كان من شأن التجزئة إلحاق ضرر فاحش أو جسيم بالمشترى، وهذا هو الغالب ، فإن ذلك يمثل تعسفاً فى إستعمال حق الشفعة لايجوز. وقد يكون الجزاء المناسب على ذلك هو حرمان الشفيع من حقه، إن لم يحصل تراض بين الشفيع والمشترى على أخذ الشفيع بالإتفاق، لا بالشفعة، العقارات المتبقية التى لايتوافر له فيها سبب الشفعة.

(٣) نقض ١٩٥٧/٣/٧ ، مجموعة أحكام النقض، س ٨ ، ص ٢١٤، ١٩٧٥/١١/٦، س ٢٦، ص ١٤٨٢.

غالبية الفقهاء [(١)] فى ظل القانون المدنى الحالى بالرغم من إلغاء هذا النص [(٢)] ويذهب بعض الفقهاء إلى أن رأى غالبية الفقهاء لم يعدله سند تشريعى ولذلك يجب الأخذ بما كان يراه الفقه الإسلامى من جواز الشفعة فى حصة أحد المشترين[(٣)]. القضاء يذهب إلى أن « للشفيع إذا بيع جزء شائع فى عقار لمشترين متعددين على الشيوع أن يأخذ بالشفعة فى نصيب أحد هؤلاء المشترين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبة الباقين، ولايكون فى هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأة من الأصل [(٤)].

الحالة الثانية : إذا كان البيع لعدة أشخاص وكان لكل منهم حصة مفرزة فيه، فإننا نكون بصدد تعدد للصفقة وبالتالى يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ فيه دون أن يكون فى ذلك تجزئة للصفقة [(٥)].

ثالثاً : شروط الشفيع

حيث أن الشفعة بحسب مآلها ستتمحض عن حلول الشفيع محل المشترى فى بيع عقار معين نتيجة لقيام سبب من أسباب الشفعة فى جانبه. لذلك يجب أن يتوافر فى هذا الشفيع ثلاث مجموعات من الشروط حتى يتحقق له أخذ العقار المبيع بالشفعة. ولنعرض لذلك بالتفصيل فى الفقرات التالية :

---

(١) محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٢١٦، ص ٣٨٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣، ص ٣٤١.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣٤، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٦٩، ص٤٨٦ . قارن نقض ١٩٧٧/٣/٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٦٤٦.

(٣) حسن كيرة، فقرة ٣٣٤، ص ٦٠١.

(٤) نقض ١٩٧٩/٣/١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، ع ١ ، ص ٦٧١.

(٥) نقض ١٩٨١/٢/٢٦، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٦٧٧.

أ - شروط أولية :

وهذه الشروط يجب أن تتوافر في الشفيع ابتداءً حتى يحق له طلب الشفعة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

١ - يجب أن يكون الشفيع شخص من أشخاص القانون : وحيث أن الشفعة حق من الحقوق المالية لذلك فإنه يكون لكل من ثبتت له الشخصية القانونية صلاحية إكتساب هذا الحق. وبناءً على ذلك فإن الحق في الشفعة يثبت للشخص الطبيعي وللشخص الإعتباري على السواء حيث أن حق الشفعة لايعتبر من الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعي.

ويستوى في الشخص الإعتبارى أن يكون من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام (١).

٢ - يجب أن يتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة : إذا كانت الشفعة ترتكز على آلية معينة، وهي حلول الشفيع في عقد البيع محل المشترى وبما يترتب على ذلك من آثار قانونية. لذلك فإنها تعتبر من أعمال التصرف وليست من أعمال الإدارة. لذلك ينبغى أن يتوافر في الشفيع أهلية التصرف (٢).

وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة. وإذا كان الأخذ بالشفعة سيتم عن طريق الوكالة فإن ذلك يقتضى وكالة خاصة، لأن الوكالة العامة لاتخول للوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة. ولكن كل هذا لايمنع أن تكون الوكالة ضمنية لا صريحة كما أن

---

(١) نقض ١٩٨٧/١/١٥، مجموعة أحكام النقض، س ٣٨، ص ١٢١، العبرة أن يكون للشخص الإعتبارى شخصية قانونية مستقلة، انظر حسن كيرة، فقرة ٣٢٦، ص ٥٧٤، ٥٧٥.

(٢) إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٧٨، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٩٠، ص ٥٨٩، حسن كيرة، فقرة ٣٢٦، ص ٥٧٥.

مباشرة المحامى للإجراءات نيابة عن موكله لاتستلزم حصوله على سند بالوكالة قبل مباشرته للإجراء ما لم ينص القانون على غير ذلك، لما كان ماتقدم والمشرع لم يتطلب أن يكون المحامى الموقع على إنذار الشفعة مفوضاً تفويضاً خاصاً بالتصرف أو موكلاً فى ذلك بتوكيل سابق (١).

أما إذا كان الأخذ بالشفعة عن طريق النائب القانونى، فإن للأب باعتباره ولياً أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون حاجة إلى إستئذان المحكمة. أما إذا كان الولى هو الجد فإنه يلزم إذن المحكمة للأخذ بالشفعة. أما بالنسبة للوصى والقيم ووكيل الغائب فإنه يلزم دائماً إستئذان المحكمة.

ب - شروط سلبية :

هذه الشروط يجب أن تتوافر فى بعض الحالات، وذلك لأن المشرع قد تطلبها للإستجابة إلى إعتبارات معينة. وهذه الشروط تتمثل فى شرطين :

١ - يجب ألا يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار المشفوع فيه : هذا الشرط تطلبته الشفعة بحسب مآلها، حيث أن الشفيع إذا ما أخذ بالشفعة، سواء بالتراضى أو التقاضى، فإنه سيحل محل المشترى فيما له من حقوق وماعليه من التزامات ولذلك ينبغى ألا يكون الشفيع ممنوعاً بحكم القانون من شراء هذا العقار.

تطبيقاً لذلك، نجد أن قانون الإصلاح الزراعى قرر عدم جواز تملك الفرد أو الأسرة مايزيد عن الحد الأقصى للملكية المنصوص عليها فى قانون الإصلاح الزراعى (خمسون فداناً بالنسبة للفرد وعلى ألا تتجاوز ملكية الأسرة الواحدة مائة فدان من الأراضى الزراعية، المادة الأولى من قانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩. وفى الأراضى الصحراوية ٢٠٠ فدان للفرد إذا كان الرى

(١) نقض ١٩٨٥/٤/٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣٦، ص ٥٦٥.

بالطـرق الحـديثـة من الميـاه الجوفيـة وللأسـرة ٣٠٠ فـدان، أمـا إذا كـان الرى بأسلوب الرى السطحى ١٠٠ فـدان للفـرد و ١٥٠ للأسـرة قـانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١) وقـد قـررت المادة ٣/١ من قـانون ٥٠ لسـنة ١٩٦٩ أن « كل تعـاقـد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكـام يعتبر باطلاً ولايجوز شـهره » [١] ويدخـل فى أسباب كسب الملكية عن طريق التعاقد الشفعة، ولذلك لايجوز للشـخـص أن يكون شـفيـعاً إذا كـان ذلك يؤدى إلى زيادة ملكيـته عن الحـد الأقصى [٢] كـما أنه بالنسـبة للأجـانب لايجـوز لهم تملك الأراضى الزراعية (م ١ قانون ١٥ لسنة ١٩٦٣) أما بالنسـبة للأراضى الصـحـراوية فـقـد نظـم

---

(١) انظر فى تفصيل مؤلفنا فى القانون الزراعى، ١٩٩٤، دار المعرفة الجامعية، ص ١٧٢ ومابعدها.

(٢) نقض مـدنى ١٩٥٧/١١/١٤ مـجـمـوعـة أحكام النقض ، س ٨ ، رقم ٨٨ ، ص ٧٩٨ ، ١٩٧٦/١٢/٩، س ٢٧ ، ص ١٧٣٣ . والعبرة بملكية الشفعاء وقت الحكم مضافاً إليها الأطيان المشفوعة دون الإعتداد بملكيتهم وقت حصول البيع المشفوع فيه باعتبار البيع سبباً للمطالبة بالشفعة وليس سبباً منشأ لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه، انظر فى ذلك نقض ١٩٨٩/٣/١٢، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٧٨٦، نقض ١٩٨٥/٤/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٦ ، ص ٦٧٦ ، حيث قضت المحكمة بأن « الأصل فى قواعد القانون الخاص هو تغليب سلطان الإرادة التى تعتبر شريعة المتعاقدين ويترتب على ذلك إعتبار أن الأصل فى العقود هو الصحة متى إنصرفت إرادة المتعاقدين إليها وأن البطلان هو الإستثناء ولايكون إلا فى حدود القيد الوارد بالنص فى المادة الأولى من القـانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩، على أنه «لايجوز لأى فرد أن يملك من الأراضى الزراعية وما فى حكمها .... أكثر من خمسين فداناً وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلاً ولايجوز شهره » يدل على أن النهى وارد من المشرع على تجاوز الملكية لهذا القدر وإن البطلان يشوب العقد فيما يترتب عليه وقوع المخالفة أما ما لايترتب عليه وقوع المخالفة فإنه يكون صحيحاً بحسب الأصل إلا إذا كان محل التعاقد غير قابل للتجزئة بطبيعته أو بحسب إرادة عاقدية أو كان غير قابل لها بحكم القانون كما فى حالة طلب أخذ البيع بالشفعة، لما كان ذلك وكان محل العقد موضوع النزاع أرضاً زراعية مما يقبل التجزئة بطبيعته فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببطلان العقد جميعه دون الوقوف به عند الحد الذى لايجاوز الطاعن به الحد الأقصى للملكية بمقولة عدم قابلية الصفقة للتجزئة دون أن يبين عدم قابليتها لذلك يكون معيباً بالقصور ومخالفة القانون ».

القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ والمعدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٨ الذى يجيز بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الوزراء معاملة من يتمتع بجنسية إحدى الدول العربية المعاملة المقررة للمصريين فى قانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١، والقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩١ وماتلى ذلك من قوانين متعلقة بملكية الأجانب لهذه الأراضى. بالنسبة للأرض الفضاء قد جاء قانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٨ لتنظيم شروط وقيود وحدود تملك الأجانب لهذه الأراضى [١] ولذلك يجوز للأجانب طلب الشفعة فى الحدود وطبقاً للشروط التى تسمح لهم بها هذه القوانين [٢].

– ولا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشفع فى العقار الذى نيط به بيعه بموجب هذه النيابة أو التفويض لأنه يمتنع عليه شراء هذا العقار (م ٤٧٩ مدنى مصرى).

– كما لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشفعوا فى العقارات المعهود إليهم فى بيعها، وفى تقدير قيمتها لأنه يمتنع عليهم أن يشتروا هذه العقارات (م ٤٨٠ مدنى مصرى) [٣].

– لايجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشفعوا فى الحق المتنازع فيه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى

---

(١) مؤلفنا السابق، ص ٢٩ ومابعدها.

(٢) نقض ١٩٧٩/١/١٧ ، س ٣٠ ، ص ٢٣٧ . وهذا الحكم يتعلق بجواز تملك البعثات الدبلوماسية بالشفعة ، نقض ١٩٩١/٣/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ٤٢ ، ص ٧٣٣، حيث قضت المحكمة بأن العبرة بجنسية المتصرف إليه وقت التعاقد فإن كان أجنبياً سرت عليه أحكام القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء.

(٣) انظر فى تفصيل ذلك للمؤلف العقود المسماة، الجزء الأول ، عقد البيع، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٧، ص ١٤٩ ومابعدها.

إختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائراتها لأنه يمتنع عليهم أن يشتروا هذا الحق (م ٤٧١ مدنى مصرى) [١].

٢ - يجب ألا يكون الشفيع وقفاً :

تنص المادة ٢/٩٣٩ مدنى مصرى على أنه « لايجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة» .

وهذا هو حكم الفقه الإسلامى، ففيه لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار[٢].

وعلى ذلك فإذا بيع عقار مجاور للعقار الموقوف، فلا يجوز للوقف أن يشفع فيه على أساس الجوار. وكذلك إذا كان العقار الشائع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك، فلا يجوز للوقف أن يشفع فى الملك المبيع على أساس كونه شريكاً فى الشيوع.

لكن مما تجدر ملاحظته أن عقود الشراء التى يبرمها الوقف فى خصوص عقارات معينة تجوز الشفعة فيها. فالقاعدة تنحصر فى حالة ما إذا كان الوقف شفيعاً فقط.

جـ - الشروط الإيجابية :

وهذه الشروط تتعلق بالشفيع من وقت توافر سبب من أسباب الشفعة فيه وإلى أن يتم الأخذ بالشفعة. فى هذه المرحلة يجب أن يتوافر شرطان :

---

(١) انظر فى ذلك عبد المنعم البدراوى، فقرة ٤٢١ ، ص ٤٥١ ، إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٧٨ ، منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٣٦ ، ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٣٥٤، ص ٣٩٩، حسن كيرة، فقرة ٣٦٥، ص ٦٤٠. وانظر عكس ذلك محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٢٦٨ ، ص ٢٦٥ ، شفيق شحاته، فقرة ٣٥٥، ص ٢٦٨.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٩٢ ، ص ٥٩٤.

١ - يجب أن يتوفر للشفيع سبب الشفعة وقت صدور البيع :

لايثبت للشفيع حق الشفعة إلا إذا توفر له سبب من أسبابها وقت صدور البيع المشفوع فيه، إذ العبرة بهذا الوقت لتوافر الشروط اللازمة لطلب الشفعة، والأمر يحتاج لتفصيل بحسب أسباب الشفعة المختلفة.

(أ) إذا كان حق الشفيع ناشئاً عن تصرف قانونى : فإنه يجب أن يكون هذا التصرف مسجلاً قبل البيع المشفوع فيه. وذلك لأن الحق الذى يشفع الشفيع بموجبه يكون دائماً حقاً عينياً عقارياً، والتصرف لاينقل هذا الحق إلا بالتسجيل. وبناءً على ذلك إذا كان العقد الذى تلقى به الشفيع هذا الحق غير مسجل قبل البيع المشفوع فيه، فلا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة [١] حتى ولو كان هذا العقد ثابت التاريخ قبل هذا البيع أو حتى لو قام بتسجيل عقده بعد ذلك، إذ أنه ليس للتسجيل أثر رجعى [٢]. ولا يحتج على ذلك بأن المادة ١٥ ، ١٧ من قانون الشهر العقارى تجيز تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتبتا على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هاشم تسجيل صحائفها إنسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى لأن تقرير هذا الأثر ورد على سبيل الإستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من

---

(١) نقض ١٩٤٦/٤/٤ ، مجموعة عمر ٥ ، رقم ٥٨ ، ص ١٦٥، ١٩٤٨/٥/٢٠ ، نفس المجموعة رقم ٣١٤، ص ٦٢٨ ، ١٩٥٤/٢/١٨ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٥ ، ص ٥٣٠، ١٩٧٣/١١/٢٤، س ٢٤، ص ٣٢٩، ١٩٧٨/٦/٢٧، س ٢٩، ص ١٥٧٠، ١٩٨١/١٢/٢٠، س ٣٢ ، ص ٢٣٤١، ١٩٨٣/٤/١٠، س ٣٤، ص ٩١٨، ١٩٨٥/١٢/٢٦ ، الطعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥٢ ق، ١٩٨٨/٦/٢٢ ، الطعن رقم ١٦٥١ لسنة ٥٥ ق. كما يذهب جانب من الفقه إلى أن للتسجيل أثر رجعى السنهورى، جـ ٤ ، فقرة ٢٨٣ - ٢٨٦ ، ص ٥١٩- ٥٣٤ ، جـ ٩ ، فقرة ١٨٩ ، ص ٥٨٣.

(٢) ١٩٤٦/١١/٢١ ، مجموعة عمر ٥ ، رقم ١١٢ ، ص ٢٥٥ ، ١٩٥٠/١١/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢ ، ص ٧٤.

ترتبت لهم حقوق وعلى ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى، وهذا الإستثناء لايصح التوسع فيه أو القياس عليه [1].

ولايغنى عن تسجيل عقد الشفيع أن تكون دعوى صحة هذا العقد قد سجلت صحيفتها وتأشيرة الشهر العقارى على صحيفة دعوى الشفعة [2] ويجب على المحكمة أن تتثبت من ملكية الشفيع مما يقدمه من إسناد مثبتة لملكيته ولا يغنى عن ذلك مجرد القول أن المحكمة ترى أن منازعة المشترى فى الملكية منازعة غير جدية وأن تسوق أسباباً تستدل بها عن عدم جدية المنازعة [3].

– ولايكفى أن يكون عقد الشفيع مسجلاً قبل إنعقاد البيع المشفوع فيه فحسب، وإنما يلزم أن يكون لهذا التصرف وجوداً قانونياً وأن يكون تصرفاً حقيقياً صالحاً لتوليد هذا الحق قبل البيع المشفوع فيه حيث أن التسجيل لايحصن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ولا يصححه، وكذلك العقد الصورى. كما أنه لاتجوز الشفعة إذا كان التصرف الناشئ عنه حق الشفيع معلقاً على شرط واقف. طالما لم يتحقق الشرط قبل البيع المشفوع فيه. أما إذا كان العقد المسجل قابلاً للإبطال أو معلقاً على شرط فاسخ فإن العقد موجود ومنتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله أو يتحقق الشرط الفاسخ ولذلك يجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة ولكن بشرط ألا يزول حق الشفيع، نتيجة للحكم بإبطال العقد أو لتحقق الشرط الفاسخ، قبل

---

(١) نقض ١٩٧٣/٢/٢٤، س ٢٤، ص ٣٢٩، ١٩٧٥/١١/٢٧، س ٥٦، ص١٥١٥، ١٩٧٨/٦/٢٧، س ٢٩، ص ١٥٧٠، ١٩٨١/١٢/٢٩، س ٣٢، ص ٢٣٤٢.

(٢) نقض ١٩٥١/١١/٨، مجموعة أحكام النقض، س ٣، ص ٣٢.

(٣) نقض ١٩٥٧/٢/٧، مجموعة أحكام النقض، س ٨، ص ١٤٣، ١٩٥٦/١٢/١٣، نفس المجموعة، س ٧، ص ٩٨٦، لايعول فى إثبات ملكية الشفيع على مايرد فى عقد المشترى من أن الأرض المبيعة محدودة بملك الشفيع. نقض ١٩٩٢/٥/٧، الطعن رقم ١٤٥٨ سنة ٥٧ ق، حيث قضت المحكمة بأنه « يتعين لقبول دعوى الشفعة أن تثبت ملكية الشفيع للعين المشفوع بها وقت البيع المشفوع فيه »، وانظر أيضاً نقض ١٩٩٠/٥/٢٢، الطعن رقم ٨٠٠ لسنة ٥٧ق.

ثبوت الشفعة للشفيع. طبقاً للإتجاه الحديث لمحكمة النقض لم يعد للمشترى الذى يقيم بناءً فى الأرض التى اشتراها قبل تسجيلها حق طلب الشفعة على أساس أن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة ٩ من قانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل [1]. ولذلك ينبغى لكى يأخذ المشترى بالشفعة أن يكون قد سجل عقده قبل البيع المشفوع فيه، أما بائع العقار فإنه يجوز له قبل تسجيل عقد البيع أن يطلب الشفعة بوصفه جاراً مالكاً للعقار لأنه يظل مالكاً رغم البيع إلى أن يتم التسجيل.

كما أنه لايجوز للمستأجر الذى يقيم مبانى على العين المؤجرة أن يطلب بالشفعة العقار المبيع باعتباره جاراً مالكاً ؛ لأن حقه على هذه المبانى لايعدو أن يكون حقاً مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذ لايكتسب عليها حقاً بوصفها مالاً ثابتاً إلا لفترة محدودة، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير بأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جاراً مالكاً [2].

(ب) إذا كان حق الشفيع ناشئاً عن واقعة قانونية : فإنه يلزم فى هذه الحالة أن يكون وجود الواقعة المنشئة لحق الشفيع قبل إنعقاد البيع المشفوع فيه.

وعلى ذلك فإذا كان الشفيع قد كسب الحق بالميراث، وجب أن تكون الوفاة سابقة على البيع حيث أن الوارث يتلقى حقه من تاريخ الوفاة دون حاجة إلى أى إجراء آخر. وبالتالى يجوز للوارث لعقارات التركة أن يشفع بها فور وفاة المورث مادامت هذه الوفاة سابقة على البيع.

---

(١) نقض ١٩٧٩/٦/١٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ١٠٠٢، ١٩٧٩/١/٢٤، س ٣٠، هـ ١، ص ٣٥٧، ١٩٨٠/٤/٢٤، س ٣١، ص ١٢٠١، ١٩٨١/١/٢٨، س ٣٢، ص ٣٦٧، ١٩٨١/٢/٢٥، س ٣٢، ص ٦٣١، ١٩٨٦/٤/١٦، الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ ق، ١٩٩٢/٣/٥، الطعن رقم ٢٧١٦، سنة ٥٨ ق.

(٢) نقض ١٩٧٠/١٠/٢٧، مجموعة أحكام النقض، س ٢١، ص ١٠٩٧.

وإذا كان حق الشفيع ناشئاً عن التقادم، فينبغى أن تكون مدة التقادم قد اكتملت قبل البيع المشفوع فيه [1].

٢ - يجب أن يظل سبب الشفعة قائماً إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة :

لايكفى لجواز الشفعة أن يتوافر للشفيع سبب من أسبابها وقت صدور البيع المشفوع فيه، بل يجب أيضاً أن يظل هذا السبب قائماً إلى أن يتم الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً [2] ولايهم بعد ذلك أن يزول سبب الشفعة ولو كان هذا الزوال بأثر رجعى.

وعلى ذلك إذا زال حق الشفيع أو تخلف شرط لازم لثبوت الشفعة فى الفترة بين إنعقاد البيع وتمام الأخذ بالشفعة فقد الشفيع حقه فى الشفعة. فإذا تصرف الشفيع فى حقه بنقله إلى غيره [3] قبل تمام الأخذ بالشفعة سقط حقه فى الشفعة لزوال سببها. كذلك إذا كان جاراً مالكاً على الشيوع ثم تمت القسمة أثناء نظر دعوى الشفعة فاختص الشفيع بجزء من الأرض التى يشفع بها لايتحقق بالنسبة له التلاصق المطلوب لثبوت الشفعة سقط حقه فى الشفعة لزوال

---

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، فقرة ٢٦، ص ٢٥٦، محمد على عرفة، هـ ٢، فقرة ٢٧٨، ص ٤٧٣، منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٣٤، ص ٣٢١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٥٢، ص ٣٩٠، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٨٩، ص ٥٨٤، حسن كيرة ، فقرة ٣٢٧، ص ٥٨٠، ويستلزم إلى جانب ذلك أن يكون التمسك به قد تم قبل هذا البيع وانظر نقض ١٩٥٦٢/٢، مجموعة أحكام النقض، س ٧، ص ١٦٢، من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به ولايكفى أن يكون حائزاً أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك إذ مجرد حيازة الشفيع لاتغنى عن إثبات ملكيته » .

(٢) قارن حسن كيرة، فقرة ٣٢٨، ص ٥٨٠، ٥٨١، حيث يرى أن ثبوت الشفعة يتحدد بوقت حلول الشفيع محل المشترى، وهذا الحلول أثر مباشرة للإرادة المنفردة للشفيع فى الأخذ بالشفعة، مما يجعل ثبوتها ووقتها مرتهنين بإعلان الشفيع رغبته فى ذلك وبوقت هذا الإعلان.

(٣) بأن يكون قد تم التسجيل حتى ينتقل الحق إلى الغير.

سببها. أما إذا تم الحكم له بالشفعة قبل إجراء هذه القسمة ثم تمت القسمة بعد ذلك فلا أثر للقسمة على حق الشفيع.

وكذلك إذا حكم بإبطال عقد شراء الشفيع المسجل قبل البيع المشفوع فيه أو إذا تحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه قبل ثبوت الشفعة للشفيع باتفاق أو بقضاء سقط حق الشفيع أما إذا حكم بالإبطال أو تحقق الشرط بعد الحكم له بالشفعة أو الإتفاق عليها فلا أثر لزوال حق الشفيع حتى ولو كان هذا الزوال بأثر رجعي.

وإذا كان الشفيع جاراً مالكاً وطلب الشفعة، ثم زال الجوار أثناء نظر دعوى الشفعة، كما لو أنشئ طريق أو مصرف عام ففصل بين ملك الشفيع والعقار المبيع المشفوع فيه سقط الحق فى الشفعة، أما إذا تم ذلك بعد الحكم بالشفعة فلا أثر له على حق الشفيع.

إذا صدر البيع من أحد الشركاء المشتاعين للعقار المشفوع فيه ثم إتضح أنه قد باعه عن نفسه وبماله من وكالة ضمنية عن باقى الشركاء فى الشيوع، فإن لايجوز لأى من هؤلاء الشركاء أن يطلب أخذ العقار بالشفعة بعد ذلك [1].

---

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٧، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ١٤٢٤، حيث قضت المحكمة بأنه « إذا كان الثابت من مدونات الحكم أن الطاعنة قد أوردت دفاعاً مؤداه أن البائع لها وهو زوج المطعون ضدها الأولى طالبة الشفعة ومقيم معها قد باع عن نفسه وبماله من وكالة ضمنية عن زوجته المذكورة وأولادها منه الشقة موضوع النزاع وأن جميع الشقق قد بيعت لآخرين وكان هذا يعنى أن المطعون ضده الثانى حينما كان يتعاقد على بيع شقق العمارة جميعها أخذاً بنص البند الثانى من عقد البيع الصادر للطاعنة - كان ينفذ ما انصرفت إليه إرادة الشركاء المشتاعين والرغبة فى بيع جميع شقق العمارة، وأنه كان فى تعاقده يمثل نفسه وينوب عن باقى الشركاء وهم زوجته وأولاده منها نيابة ضمنية مظهورة بمظهر المكلف ببيع نصيب باقى الشركاء المشتاعين ودلت كافة الظواهر على قيام هذه النيابة المستندة إلى وكالة الزوج المفترضة عن زوجته وأولاده ولم يقم دليل على إنتفائها، فإن قيام هذه الوكالة الضمنية يجعل من طالبة الشفعة طرفاً بائعاً فى عقد البيع يمتنع عليها أن تنقض ماتم منسوباً إليها بطلبها الشفعة لنفسها ويسقط حقها فى الشفعة وقد وافقت على بيع زوجها لنصيبها فى العين ».

المبحث الثانى : إجراءات الشفعة

- فلسفة إجراءات الشفعة :

إذا توفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة حق له أن يطلب الأخذ بالشفعة. فإذا ما استجاب المشترى لهذا الطلب فإن الشفيع يتملك العقار بالتراضى دون حاجة إلى أى إجراءات قضائية. لكن قد لايطلب الشفيع الأخذ بالشفعة أو قد لايسلم المشترى بالشفعة فيظل الحق فى الشفعة قائماً مع أنه حق إستثنائى يخل بحق المالك فى التصرف فى ملكه لمن يريد. لذلك رسم المشرع للبائع والمشترى طريقاً ليحسما به الأمر وهو توجيه إنذار إلى الشفيع لتبدأ من بعده سلسلة إجراءات يجب أن تتم خلال مواعيد محددة وقصيرة إن لم تراع هذه الإجراءات خلال تلك المواعيد سقط الحق فى ا لشفعة وذلك حتى تستقر الأوضاع ويتبدد عدم الإستقرار بصفة نهائية.

فقد أوجب المشرع فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الموجه من أيهما إليه وإلا سقط الحق فى الشفعة، على إعتبار أن هذا الإنذار هو الذى يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع. فإذا لم يقم البائع أو المشترى بإنذار الشفيع بحصول البيع أو إذا وقع هذا الإنذار باطلاً فإن المشرع قد هيأ للمشترى سبيلاً ميسراً ليطمئن معه إلى سقوط الحق فى الشفعة فنص فى الفقرة (ب) من المادة ٩٤٨ مدنى على حق الشفعة يسقط إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، وبذلك افترض المشرع إفتراضاً لايقبل إثبات العكس أن الشفيع علم بالبيع إذا سجله المشترى. ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع فى هذه الحالة ليس إلا علماً إفتراضياً فقد أطال المدة التى يتعين خلالها طلب الشفعة فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل، فإذا أعلن

الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى قبل إنقضائها فقد حفظ حقه من السقوط وتعين عليه اتباع باقى الإجراءات، المنصوص عليها فى المادة ٩٤٢، ٩٤٣ مدنى (١) وهى إيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان ثم يعقب ذلك مباشرة، فى خلال نفس المدة، رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام ذات المحكمة ويقوم أيضاً بقيد الدعوى فى الجدول وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة. ويحكم فى هذه الدعوى على وجه السرعة حتى تستقر الأوضاع. فإذا ما صدر حكم نهائى فى الدعوى بثبوت الشفعة فإن هذا الحكم يعتبر سنداً لملكية الشفيع وعليه أن يقوم بتسجيله.

هذه هى مجمل الإجراءات الواجبة الإتباع للأخذ بالشفعة. ولكن هذا الإجمال لايغنى عن التفصيل. ولذلك سنعرض أولاً للبداية المحتملة للإجراءات، الإنذار، ثم نتعقب بعد ذلك الإجراءات فى مراحلها المتوالية، فندرس فى مرحلة أولى، إعلان الرغبة وتسجيله، وفى المرحلة الثانية إيداع الثمن، وفى المرحلة الثالثة والأخيرة رفع الدعوى وقيدها.

- البداية المحتملة للإجراءات - الإنذار :

وسنعرض هنا للغاية من هذا الإجراء ودوره، ثم لغرضه ونقف على طبيعته، ثم نحدد بياناته وأهميتها :

١ - الغاية من الإنذار ودوره :

بادئ ذى بدء يجب أن نبين أن هذا الإنذار وسيلة لكل من المشترى أو البائع للتبكير بحسم الموقف فى مواجهة الشفيع (٢) والقصد منه إثبات علم

(١) نقض ١٩٦٩/١٢/٥ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ، ص ١٣٥٠.

(٢) وليس فى توجيه الإنذار أى معنى لإقرار موجهه بحق الشفيع فى الأخذ بالشفعة، نقض ١٩٨٤/٣/١٤، مجموعة أحكام النقض، س ٣٥ ، ص ٦٧٩، ١٩٨٥/١/٢٠ ، س ٣٦ ، =

الشفيع بوقوع البيع بطريقة يقينية وبالتالى إجباره على الولوج إلى إجراءات الشفعة وترقب خطواته فيها إذ قد يغفل عن إتباع إجراء أو عدم إتخاذه فى الميعاد المحدد فيسقط حقه فى الشفعة. ولم يقصد المشرع من هذا الإجراء تحديد بداية الأجل الذى يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه – إذ له أن يبادر بإعلان رغبته قبل الإنذار [(١)] – أو أن يجعل منه إجراءً حتمياً يتوقف على إتخاذه صحة إعلان الرغبة، وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً المقرر لسقوط حق الشفيع إذا قام المشترى أو البائع بهذا الإنذار [(٢)].

٢ – تعريفه وطبيعته :

الإنذار ورقة من أوراق المحضرين يسرى عليه مايسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات. فالإنذار ورقة من أوراق المحضرين يقوم البائع أو المشترى بتوجيهه إلى الشفيع لإثبات علم هذا الأخير بوقوع البيع وإلزامه بإتخاذ باقى إجراءات الشفعة خلال المواعيد المنصوص عليها فى القانون المدنى.

فيترتب على الإنذار أن يقوم الشفيع بإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة (م ٩٤٠ مدنى).

يتضح من ذلك أن المشرع لم يقصد أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشترى والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثانى إذا

= ص ١٣٣، فهو مجرد تنبيه إلى إبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة إذا تحققت شروطها مشار إليهما فى حسن كيرة، فقرة ٣٣٩، ص ٦٠٩، هامش ١.

(١) نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، ص ١٥٩٤، نقض ١٩٨١/٣/١٢، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٨٧٦، ١٩٨١/٣/١٧، س ٣٢، ص ٨٣٨، ولكن على الشفيع إلتزام باقى المواعيد.

(٢) ١٩٨١/٣/١٧، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٧٣٨.

رد عليه بالقبول وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تثور فى شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى حالة إبداء رغبته خلال تلك المدة أو بدءً لإفتتاح إجراءات الشفعة فى حالة إبداء الرغبة خلالها. أما التراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة فهو ذلك الذى يتم بقبول المشترى بعد إبداء الشفيع رغبته فى الشفعة (١).

٣ – بياناته وجزاء تخلفها :

تنص المادة ٩٤٠ مدنى مصرى على أنه « يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية **وإلا كان باطلاً** :

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع، واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه.

ويتضح من هذا النص أن البيانات التى استلزمها المشرع فى الإنذار تهدف إلى جعل الشفيع يعلم علماً شاملاً بأركان البيع الجوهرية لكى يقدر مصلحته فى طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهها إليه (٢).

وكفاية البيان فى شأن تعريف الشفيع بالعقار تعريفاً نافياً للجهالة (٣).

---

(١) نقض ١٩٥٩/٥/١٤ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ، ص ٤٢٦ ، ١٩٨٤/٣/١٤، س ٣٥، ص ٦٧٩.

(٢) نقض ١٩٨٠/٢/٢١ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣١ ، ص ٥٨٣، ١٩٨٥/١/٢٩، س ٣٦، ص ١٧٠، ١٩٩١/٢/١٤، س ٤٢، ص ٤٤٧.

(٣) وقد كان النص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى (م ١٣٨٩) ينص على : «بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً، مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته » وذلك على غرار نص المادة ٢١ من قانون الشفعة السابق. ولكن لجنة المراجعة قد حذفت هذه التفصيلات باعتبار أنه لاحاجة لها (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦، ص ٤١٧، ٤١٨).

تعتبر مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع بما له من سلطة تقديرية ودون رقابة من محكمة النقض، طالما أنه أقام تقديره على أسباب مؤدية إليه [(١)].

ومن ثم فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لعلم المشترى بوقوع البيع وهو ذلك الإنذار الرسمى المتضمن لتلك البيانات وبالتالى لا مجال للإعتداد بعلم الشفيع بغير هذه الوسيلة التى حددها القانون [(٢)] اللهم إلا إذا لم يتم الإنذار فيفترض علم الشفيع بوقوع البيع من يوم تسجيل المشترى لعقده [(٣)].

وإذا لم يتم الإنذار فقد لايتسنى للشفيع العلم الكافى ببيانات البائع والمشترى واللذين سيوجه إليهما إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خلال الأربعة أشهر التالية ليوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨/ ب مدنى) ولذلك قضت محكمة النقض « أن الشفيعة لا تسأل عن التأخير فى إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين » [(٤)]. وبذلك تتجلى أهمية الإنذار أكثر فأكثر.

ولذلك رتب القانون على تخلف أحد البيانات السابقة بطلان الإنذار، فالهدف من الإنذار هو إعلام الشفيع بالبيع وأطرافه وشروطه لإتاحة الفرصة له لإبداء رغبته فى الأخذ بالشفعة إن شاء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار وإلا سقط حقه، فإن خلا الإنذار من بيان موطن البائعة مثلاً، فإنه يقع باطلاً ولا

---

(١) نقض ١٩٥٠/١/١٢ ، مجموعة أحكام النقض، س ١ ، ص ١٧٤، ١٩٨٦/٦/٣ الطعن رقم ١٢٥٢، ١٢٦٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٩١/١٢/١٤ الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٥٤ ق.

(٢) نقض ١٩٨٠/٢/٢١ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣١ ، ص ٥٨٣، ١٩٩١/٢/١٤ ، س ٤٢، ص ٤٤٧.

(٣) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ١٣٥٠، ١٩٨٠/٢/٢١ ، السابق الإشارة إليه.

(٤) نقض ١٩٨٠/٢/٢١ ، السابق الإشارة إليه، وقارن نقض ١٩٩١/٢/١٤ ، مجموعة أحكام النقض، س ٤٢، ص ٤٤٧.

تنفتح به المواعيد التى يتحتم خلالها على الشفيع إبداء رغبته فى الأخذ بالشفعة[1]. لكن لايترتب البطلان فى حالة ما إذا كان البيان الذى لم يتم ذكره لايتعلق بالشروط الأساسية التى لابد من علم الشفيع بها، مثال ذلك أن الإنذار الموجه من المشترين إلى الشفيع لم يشتمل على بيان حصة كل مشتر فى بيع على الشيوع، حيث أن هذا البيان لاينفع الشفيع فى تقديره لموقفه من حيث الأخذ بالشفعة أو تركها، ذلك أنه لايجوز له فى جميع الأحوال إلا أن يشفع فى العقار المبيع كله، وكذلك عدم إشتماله على بيان محل إقامتهم والإكتفاء بذكر موطنهم المختار لايترتب عليه بطلانه [2].

ويجب أن يوجه الإنذار إلى الشفيع أو الشفعاء فى حالة تعددهم. وفى الحالة الأخيرة يجب أن يوجه الإنذار إليهم جميعاً على إختلاف طبقاتهم فى ترتيب الشفعاء دون الإكتفاء بإنذار شفعاء الطبقة الأعلى، وذلك لاحتمال ألا يرغب أحد منهم فى الأخذ بالشفعة مما يفتح الشفعة لمن هم أدنى منهم فى الطبقة [3]. وإغفال إنذار أى من الشفعاء يترتب عليه وقوع الإنذار باطلاً فلا ينفتح به إجراءات الشفعة. وينبغى أن يتم إنذار الشفيع أو الشفعاء فى موطن كل منهم[4].

المرحلة الأولى : إعلان الرغبة وتسجيلها

إجراءات الشفعة الحقيقية تبدأ بإعلان الرغبة، حيث أن الإنذار قد يتم وقد

---

(١) نقض ١٩٨١/٢/١٨، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٥٤٩، ١٩٩٣/٦/٨، الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥٩ ق.

(٢) نقض ١٩٧٧/٣/٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٦٤٦، ومن ذلك أيضاً عدم ذكر شرط منح المشترى أجلاً فى الوفاء ببعض الثمن. لأنه ملزم فى جميع الأحوال بإيداع كل الثمن الحقيقى خلال الميعاد المنصوص عليه نقض ١٩٦٣/١١/٧، س ١٤، ص ١٠١١.

(٣) السنهورى ، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ٢٠٤، ص ٦٢٥، حسن كيرة، فقرة ٣٣٩، ص ٦٠٩.

(٤) حسن كيرة، فقرة ٣٣٩، ص ٦١٠.

لايتم. كما لايقصد المشرع من هذا الإنذار تحديد بداية الأجل الذى يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه إذ له أن يبادر بإعلان الرغبة قبل الإنذار – أو أن يجعل منه إجراءً حتمياً يتوقف على إتخاذه صحة إعلان الرغبة ، وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً المقرر لسقوط حق الشفيع إذا فرض وإن قام المشترى أو البائع بهذا الإنذار [١]. فلم يستلزم المشرع فى إعلان الرغبة أن يكون حاصلاً بعد الإنذار الذى يوجهه البائع أو المشترى[٢].

ولدراسة إعلان الرغبة باعتباره من أهم إجراءات الشفعة يجب أولاً أن نتعرف عليه ونبين أثره، ثم بعد ذلك نبين كيف يتم وميعاده، وأخيراً تسجيل هذا الإعلان وأثره، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتوالى البيوع.

أولاً : التعريف به وأثره :

اشترط القانون المدنى فى إعلان الرغبة أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً (م ١/٩٤٢ مدنى).

– وإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لايعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين، يسرى عليه مايسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات [٣] وعندما يحدد القانون طريقة خاصة

---

(١) نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٩ ،ص ١٥٩٤. نقض ١٩٨١/٢/١٧، مجموعة أحكام النقض ، س ٣٢ ، ص ٨٣٨.

(٢) نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦ ، السابق الإشارة إليه، ١٩٨١/٣/١٣، س ٣٢ ، ص ٨٧٦، نقض ١٩٨٢/١١/٢٤ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ١٠٣٩.

(٣) نقض ١٩٧٧/٣/١٦ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٧٠٥.

ويلاحظ أن بطلان إجراءات الإعلان لا تتصل بالنظام العام فلا يجوز للطاعنين التحدى ببطلان إعلان الرغبة فى الشفعة لأول مرة أمام محكمة النقض، نقض ١٩٨٢/٦/٢٤ ، مجموعة أحكام ا لنقض، س ٣٣، ص ٨٢٧.

للإعلان، وهو الإعلان الرسمى على يد محضر، فإنه لامجال للإعتداد بأية وسيلة أخرى.

– وإعلان الرغبة يتم إلى كل من البائع والمشترى. فإن لم يتم على هذا النحو سقط الحق فى الشفعة. والحكمة من ذلك واضحة حيث أن كل هذه الإجراءات بحسب مآلها ستنتهى بحلول الشفيع محل المشترى فى العقد الذى يربطه بالبائع. ولذلك كان طبيعياً أن يستلزم القانون إعلان الرغبة إلى كل من المشترى والبائع، وأن إعلان الرغبة لأحدهم لايغنى عن إعلانها للآخر. ولا يلزم أن تعلن الرغبة إلى البائع والمشترى فى نفس الوقت المهم أن يتم إعلانها فى خلال الميعاد إلى كل منهما سواء كان هذا الإعلان متعاصراً أو متعاقباً. ويجب مراعاة هذه القاعدة أيضاً عند تعدد البائعين أو المشترى أو عند تعددهم معاً. ويتم إعلان الرغبة فى موطن البائع والمشترى.

– ولم يذكر المشرع البيانات الواجب توافرها فى إعلان الرغبة كما فعل ذلك بالنسبة للإنذار. ولكن يمكن أن يبرر ذلك بأن إعلان الرغبة الذى يعقب الإنذار سوف يستمد البيانات اللازمة لهذا الإعلان من الإنذار نفسه. فإن لم يكن هناك إنذار سابق لإعلان الرغبة فإن الشفيع يستطيع أن يستمد المعلومات اللازمة من الشهر العقارى عندما يكون عقد البيع مسجلاً. ولكن الصعوبة يمكن أن تثور عند إعلانه عن الرغبة ولم يكن هناك إنذار أو تسجيل سابق فإن هذا سيلقى عليه عبء التقصى عن البيانات اللازمة للإعلان، ومحكمة النقض قد قضت بأن «الشفيعة لاتسأل عن التأخير فى إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين» [1].

– وإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لايعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين، يسرى عليه مايسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان

(١) نقض ١٩٨٠/٢/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ٥٨٣.

المنصوص عليها فى قانون المرافعات [١]. ولايحكم بالبطلان بالرغم من النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء (م ١/٢٠ من قانون المرافعات) كما أن البطلان يزول إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام. ولذلك قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان من الثابت أن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وجهه الطاعنان إلى المطعون ضده الأخير بتاريخ ١٩٧١/١٠/٢٠ فى محل تجارته وليس فى موطنه فرد عليه بإعلان وجهه إليهما فى ١٩٧١/١١/٣ أقر فيه أنه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتها للحقيقة فسارع إلى تصحيحها وعرض على الطاعنين الحلول محله فى عقد البيع بالثمن الحقيقى والنفقات الحقيقية دون أن يتمسك بأى إعتراض أو تحفظ فى شأن بطلان إعلان الرغبة مما يدل على تحقق الغاية التى يبتغيها المشرع من وراء هذا الإجراء وعلى نزول من وجه إليه عما إعتراه من بطلان نسبى شرع لمصلحته. فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وانتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق فى الشفعة لبطلان إعلان الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه » [٢]. فبطلان إعلان الرغبة لايحول دون

---

(١) نقض ١٩٨١/٤/٢٩ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ، ص ١٣٣٤ ، حيث قضت المحكمة بأن « إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لايعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين يسرى عليه مايسرى على تلك الأوراق من أحكام وهى بالنظر إلى أنها شكلية ورسمية فالكتابة شرط للإعتراف بوجودها، ولايثبت إعلان الخصم بالرغبة فى الأخذ بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها إذ هى لاتستكمل دليل صحتها إلا من مجموع بياناتها، ولايجوز تكملة النقض فى البيانات الموجودة بها بدليل غير المستمد من الورقة ذاتها مهما بلغت قوة هذا الدليل. وإذا كان الحكم ا لمطعون فيه قد التزم هذا النظر ولم يعتد بإقرار المطعون ضده الثانى (البائع) بإعلانه فى منتصف شهر يونيو ١٩٧٦ بإنذار المطعون ضدها الأولى (الشفيعة) برغبتها فى أخذ العقار المبيع بالشفعة لأنه دليل غير مستمد من ورقة من أوراق المحضرين المثبتة لهذا الإعلان أو صورته ، ولم يثبت بالأوراق إعلانه بذلك قبل تاريخ ١٩٧٦/٧/٣١ فإنه لايكون قد أخطأ فهم الواقع أو أخطأ فى تطبيق القانون ».

(٢) نقض ١٩٧٧/٣/١٦ ، مجموعة أحكام النض، س ٢٨ ، ص ٧٠٥.

تصحيحه ولكن بشرط أن يتم ذلك التصحيح فى الميعاد وإلا سقط الحق فى الشفعة [1].

كما أن بطلان إجراءات الإعلان لاتتصل بالنظام العام فلا يجوز للطاعنين التحدى ببطلان إعلان الرغبة فى الشفعة لأول مرة أمام محكمة النقض[2].

لكن فيما وراء ذلك فإن أى مخالفة لأحكام إعلان الرغبة يترتب عليها سقوط الحق فى الشفعة. وهذا السقوط متعلق بالنظام العام يجوز الدفع به فى أية حالة تكون عليها الدعوى، وتحكم المحكمة به من تلقاء نفسها إذا لم يحصل تمسك به حتى إذا نزل عن التمسك به صاحب الحق فيه [3].

– إذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة على النحو السابق بيانه، ولم يعقب ذلك بالإجراءات التالية لذلك، كان لم يودع الثمن خزانة المحكمة أو لم يرفع الدعوى فى الميعاد القانونى سقط حقه فى الشفعة. ولكن يجوز للشفيع أن يعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بها، وذلك ما لم يقبل المشترى طلب الشفيع أو يسلم له بالشفعة ويخطره بهذا القبول حيث يكون هناك تعاقد صريح لايجوز الرجوع فيه إلا بتراض جديد [4].

ثانياً : كيف يتم وميعاده :

وهنا سنعرض كيف يتم إعلان الرغبة، ثم بعد ذلك نبين الميعاد الذى يجب أن يتم خلاله.

---

(١) نقض ١٩٩١/٢/١٤، مجموعة أحكام النقض، س ٤٢ ، ص ٤٤٦.

(٢) نقض ١٩٨٢/٦/٢٤، مجموعة أحكام النقض ، س ٣٣ ، ص ٨٢٧.

(٣) السنهورى، الوسيط ، جـ ٩ ، فقرة ٢٠٥ ، ص ٦٤٤ ، هامش ٢ ، حسن كيرة، فقرة ٦٤١، ص٦١٤.

(٤) انظر محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، فقرة ٤١٧ ، ص ٦٣١.

١ - كيف يتم إعلان الرغبة :

وسنعرض هنا لما جرى عليه العمل وموقف القضاء منه.

(أ) المبادرة بإعلان الرغبة قبل الإنذار :

سبق أن رأينا أن للشفيع أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون إنتظار وصول الإنذار إليه إذ ليس في القانون مايمنعه من ذلك [١] وهذا الإعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوماً الذى أوجب القانون أن يتم فى خلاله رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة. وذلك لأن المشرع قد نص فى المادة ٢/٩٤٢ وفى المادة ٩٤٣ من القانون المدنى على سريان ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة الوارد ذكره فى المادة ١/٩٤٢ ولم يعلق سريانه على إنقضاء ميعاد الخمسة عشرة يوماً الواردة فى المادة ٩٤٠ وكل ما اشترطه القانون فى هذا الإعلان هو أن يكون رسمياً وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشترى ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلاً بعد الإنذار الذين يوجهه البائع أو المشترى إلى الشفيع [٢].

(ب) إعلان الشفيع رغبته فى ذات إعلان صحيفة دعوى الشفعة :

إن كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ من القانون المدنى فى إعلان الرغبة أن يكون رسمياً، ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته فى ذات إعلان الصحيفة، مادام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة [٣].

---

(١) نقض ١٩٨٢/٦/٢٦ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٩ ، ص ١٥٩٤، ١٩٨١/٣/١٢، س ٣٢، ص ٨٧٦، ١٩٨١/٣/١٧ ، س ٣٢، ص ٨٣٨.

(٢) نقض ١٩٨١/٣/١٧ ، السابق الإشارة إليه.

(٣) نقض ١٩٧٠/١٢/١٧ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢١ ، ص ١٢٢٧.

وعلى ذلك يصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأساً على كل من البائع والمشترى إلا أنه يشترط أن تعلن صحيفة الدعوى فى هذه الحالة إلى كليهما خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة فى الأخذ بالشفعة حاصلاً فى الميعاد القانونى [1].

٢ - ميعاد إعلان الرغبة :

وهذا الميعاد يختلف بحسب ما إذا كان هناك إنذار أم لا، وفى حالة ما إذا كان عقد البيع مسجل أم لا، ولذلك سنعرض لهذه الحالات.

(أ) فى حالة ما إذا كان هناك إنذار :

يجب على الشفيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع المشترى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى وإلا سقط الحق فى الشفعة (م ٩٤٠ مدنى).

وأراد المشرع بهذا الإنذار الرسمى أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تثور فى شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى حالة إبداء رغبته خلال تلك المدة أو بدءً لإفتتاح إجراءات الشفعة

(١) نقض ١٩٨٢/٥/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ٥٧٣، نقض ١٩٨٣/١٢/٢٩ ، س ٣٤، ص ٢٠٠٠ . انظر منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٤٠ ، السنهورى، هـ ٩ ، فقرة ٢٠٤ ، ص ٦٢٧ ، فقرة ٢٠٥ ، ص ٦٣٢ ، وقارن حسن كيرة حيث يرى أنه فى ظل قانون المرافعات الجديد أنه أصبح من المتعذر، إن لم يكن من المستحيل - الإستغناء عن إعلان، الرغبة بإعلان صحيفتها فقرة ٣٣٩، ص ٦٠٧ ، هامش ١ .

فى حالة إبداء الرغبة خلالها [1] فهذا الإنذار هو الذى يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع [2].

وتحسب مدة الخمسة عشر يوماً من تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع أو إلى من يمثله إذ بذلك يتحقق علم الشفيع بوقوع البيع. وهذا الميعاد ميعاد ناقص أى يجب أن يتم إعلان الرغبة خلاله، أى قبل أن ينقضى، والعبرة فى ذلك بحصول الإعلان فعلاً إلى البائع والمشترى لا بتاريخ تسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين[3] وإذا لم يتم إعلان الرغبة على هذا النحو سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة. ولذلك فإن هذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم.

ويبدأ حساب ميعاد الخمسة عشر يوماً من اليوم التالى لتاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع ويستمر إلى نهاية اليوم الخامس عشر. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك، كل ذلك طبقاً لقواعد قانون المرافعات.

(ب) فى حالة عدم وجود إنذار وكان عقد البيع مسجلاً :

فقد افترض المشرع ألا يقوم البائع أو المشترى بإنذار الشفيع بحصول البيع أو أن يقع الإنذار باطلاً فحتى لا يظل الحق فى الشفعة قائماً مع أنه حق استثنائى يخل بحق المالك فى التصرف فى ملكه لمن يريد فقد هيأ المشرع، سبيلاً ميسراً للمشترى يطمئن معه إلى سقوط الحق فى الشفعة فنص فى المادة ٩٤٨/ب مدنى على أن حق الشفيع يسقط إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

---

(١) نقض ١٩٥٩/٥/١٤ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ، ص ٤٢٦، ١٩٦٩/١٢/٢٥، س ٢٠، ص ١٣٥٠، ١٩٨٠/٢/٢١، س ٣١ ، ص ٥٨٣، ١٩٨١/٣/١٢، س ٣٢ ، ص ٨٧٦، ١٩٨١/٣/١٧، س ٣٢، ص ٨٣٨.

(٢) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ ، السابق الإشارة إليه والأحكام السابقة.

(٣) نقض ١٩٤٥/٤/١٢ ، مجموعة عمر ، هـ ٤ ، رقم ٢٣٤، ص ٦١٦، محمد على عرفة، =

وبذلك يكون المشرع قد افترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن الشفيع علم بالبيع إذا سجله المشترى. لكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع فى هذه الحالة ليس إلا علماً افتراضياً فقد أطال المدة التى يتعين خلالها طلب الشفعة فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل، سواء كان تسجيل للعقد أو تسجيل للحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد. وبالتالى لا عبرة بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشترى على البائع حتى ولو تم التأشير على هامشها بالحكم الصادر فيها فيما بعد حيث أن المعول عليه فى حساب الميعاد هو تاريخ تسجيل الحكم (١) لا تاريخ تسجيل الصحيفة.

فإذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى قبل إنقضاء أربعة أشهر من وقت التسجيل فيكون قد حفظ حقه من السقوط (٢) وتعين عليه إتباع الإجراءات المنصوص عليها فى المادتين ٢/٩٤٢ ، ٩٤٣ مدنى على النحو الذى سوف نراه .

وإذا فرض وأن تم الإجراءان، إنذار الشفيع وتسجيل عقد البيع فالفيصل فى ذلك هو تعاصرها أم تعاقبهما . فإذا بدأ المشترى أو البائع بإنذار الشفيع، وكان ميعاد الخمسة عشر يوماً قد بدأ وانتهى قبل التسجيل دون إعلان الرغبة خلاله سقط حق الشفيع بصفة نهائية، وبالتالى لاينفتح له ميعاد جديد، الأربعة الأشهر، بعد التسجيل. أما إذا تعاصرا الإجراءان وبالتالى كان للشفيع ميعادين فالعبرة بأقصر الأجلين الخمسة عشر يوماً أو الأربعة أشهر، فإذا كان الإنذار قد تم ثم بعد

= جـ ٢ ، فقرة ٢٨٩، ص ٤٨٥ ، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ٢٠٦ ، ص ٦٣٨، حسن كيرة ، فقرة ٣٣٩ ، ص ٦١١.

(١) انظر نقض ١٩٥٠/٤/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ١ ، ص ٤٢٥، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ٢٠٦، ص ٦٤٣ ، هامش ٣ ، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٧٤، ص ٤٤٠، حسن كيرة ، فقرة ٣٤٠، ص ٦١٣.

(٢) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥، السابق الإشارة إليه.

عشرة أيام من تسلم الشفيع له قام المشترى بتسجيل عقده فإن حقه فى الشفعة يسقط بتمام الخمسة عشر يوماً إذا لم تعلن رغبته خلالها، والعكس إذا كان المشترى قد بدأ بتسجيل عقده وبعد ثلاثة أشهر وعشرين يوماً قام البائع أو المشترى بإنذار الشفيع فإن حقه يسقط بتمام الأربعة أشهر إذا لم يعلن رغبته فى الشفعة خلالها حتى ولو مازال ميعاد الخمسة عشرة يوماً قائماً [1]. ولذلك فإن ميعاد الأربعة أشهر لإعلان الرغبة من وقت التسجيل يعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم.

وكيفية حساب مدة الأربعة أشهر من التسجيل تتم على النحو السابق بيانه بصدد ميعاد الإنذار وطبقاً لقواعد قانون المرافعات [2].

(جـ) إذا لم يكن هناك إنذار ولا تسجيل لعقد البيع :

سبق أن رأينا الإنذار ليس إجراء حتمياً وبالتالى قد لايقوم به البائع أو المشترى. كما أن الغالب ألا يقوم المشترى بالتسجيل. كل هذا بطبيعة الحال لايمنع الشفيع من أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون إنتظار وصول إنذار إليه أو قيام المشترى بالتسجيل. لكن إلى متى يكون له الحق فى

---

(١) فى هذا المعنى عزت حنورة، فقرة ١٥٤ ، ص ٢٣٨ - ٢٣٩ ، حسن كيرة ، فقرة ٣٤٠ ، ص٦١٣.

(٢) نقض ١٩٩٠/٥/٢٢، الطعن رقم ١٠٨٨ سنة ٥٨ ق. حيث قضت المحكمة بأن « مؤدى نص المادة ١٥ من قانون المرافعات أنه إذا عين القانون لحصول الإجراء ميعاداً محدداً بالشهور فإن هذا الميعاد يبدأ من اليوم التالى للتاريخ الذى يعتبره القانون مجرياً له، وينقضى بإنقضاء اليوم المقابل لهذا التاريخ من الشهر الذى ينتهى فيه الميعاد دون النظر إلى عدد الأيام فى كل شهر، وكان البين من الأوراق أن تسجيل البيع المشفوع فيه تم بتاريخ ١٩٨٢/٢/٣ ، مما مؤداه أن ميعاد الأربعة شهور المقررة بنص المادة ٩٤٨ من القانون المدنى لسقوط الحق فى الأخذ بالشفعة إن لم يتم إعلان الرغبة خلاله - يبدأ من ا ليوم التالى لتاريخ التسجيل وينتهى بإنتهاء يوم ١٩٨٢/٦/٣ - الذى لم يكن عطلة رسمية - فإن حصول الإعلان الثانى للرغبة فى الأخذ بالشفعة بتاريخ ١٩٨٢/٦/٥ يكون قد تم بعد الميعاد» .

إعـلان رغبته فى الأخذ بالشفعة حيث أن فى هذا الفرض ليس هناك مواعيد محـددة تقيده.

لم يحدد التقنين المدنى الحالى، على خلاف قانون الشفعة السابق، ميعاد لإعلان الرغبة من تاريخ العلم بالبيع. وعلى ذلك فإن للشفيع الحق فى إعلان رغبته، طالما لم ينزل عن حقه فى الأخذ بالشفعة فى ذلك إلى أن يسقط حقه فى الشفعة طبقاً للقّواعد العامة، أى بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ البيع المشفوع فيه [1].

ثالثاً : تسجيل إعلان الرغبة وأثره :

يجب أن نشير منذ البداية أن إعلان الرغبة فى الشفعة هو الإجراء اللازم والضرورى الذى يجب أن يقوم به الشفيع إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة. أما تسجيل هذا الإعلان فله هدف محدد هو الإحتجاج بإعـلان الرغبـة على الغير (م ١/٩٤٢ مدنى). والمقصـود بالغير هنا الأشخاص الذين يتصرف إليهم المشترى فى العقار أو تترتب لهم حقوق على العقار ضد المشترى (م ٩٤٧ مدنى). وبذلك تتجلى أهمية مبادرة الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة.

وعلى ذلك فإذا سجل الشفيع إعلان الرغبـة، فإن هذا الإعلان يكون حجـة على الغيـر، وبالتـالى لايسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى أو أى حق ترتب ضـده. وفى ذلك نصت المادة ٩٤٧ مدنى بقـولها : «لايسرى فى حق الشفـيع أى رهن رسمى أو أى حق إختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة.

---

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، فقرة ٥٥٠ ، ص ٥٢٦ ، إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٨٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٤، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢٠٦، ص ٦٤٦ ، حسن كيرة، فقرة ٣٤٢، ص ٦١٥.

ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ماكان لهم من حقوق الأولوية فيما آل إلى المشترى من ثمن العقار».

– وعلى ذلك إذا باع المشترى العقار **بعد تسجيل إعلان الرغبة** [1]، فلا يسرى هذا البيع فى حق الشفيع، وبناءً عليه فإن حقه فى الأخذ بالشفعة من المشترى الأول يظل قائماً وبالشروط التى اشترى بها [2]، وبالتالى لايلتزم بإدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة. لكن لما كان هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع لذلك فإنه يبقى له الخيار مفتوحاً بين البيع الأول والبيع الثانى، فله أن يترك البيع الأول ويطلب الشفعة فى البيع الثانى إذا كان له فى ذلك مصلحة، بأن كانت

---

(١) المعول عليه هو وقت التسجيل إعلان الرغبة وبالتالى لا عبرة فى هذا الصدد بوقت إعلان الرغبة أو إقامة الدعوى أو صدور حكم إبتدائى فيها طالما أن المشرع حدد إجراء معيناً بشكل محدد وعلق على تاريخ هذا الإجراء إحداث أثر قانونى معين، فلا يجوز القول بحدوث ذلك الأثر إستناداً إلى تاريخ أى إجراء آخر ولو فى ذات الخصومة مادام لم يرد فى النص المعين لذلك الإجراء مايفيد ذلك. نقض ١٩٨٧/١١/٢٥، اطعن رقم ١١٩٧ لسنة ٥٣ق.

(٢) نقض ١٩٨٢/٦/٢٤، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ٨٢٧، ١٩٩١/٤/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٤٢، ص ٩٨١، حيث قضت المحكمة بأنه « يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – أن يستعمل حقه وفقاً للمادة ٩٣٨ من القانون المدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ولايشترط أن يكون هذا البيع ثابت التاريخ أو أن يكون الشفيع قد أنذر به رسمياً أو علم به علماً واقعياً وإن كان لايتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشترى الثانى على أساسه إلا بعد علمه به، فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لايتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فى طلبه أخذ العين بالشفعة والوقت المعول عليه لعدم الإحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر ما نصت عليه المادة ٩٤٧ من القانون المدنى أنه لايسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أن الشفيع يحاج بالتصرف الذى يصدر من المشترى طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة ٩٤٢ من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لايكون حجة على الغير إلا إذا سجل ».

شروطه أفضل من البيع الأول مثلاً، لكن يجب عليه في هذه الحالة أن يباشر إجراءات الشفعة ابتداءً بالنسبة للبيع الثاني، حيث لا عبرة بما قام به من إجراءات بصدد البيع الأول [1].

أما بالنسبة للحقوق الأخرى التي يرتبها المشترى أو تترتب ضده بعد تسجيل إعلان الرغبة، كالرهن أو الإختصاص، فهى لا تسرى أيضاً في حق الشفيع. ويترتب على ذلك أن الشفيع يتلقى العقار المشفوع فيه – إذا ماحكم له بالشفعة خالياً من هذه الحقوق. ولكن مثل هذه الحقوق لاتكون عديمة الأثر حيث أنها تتعلق بالمظهر المالي للعقار، ولذلك إذا كان المشترى قد دفع الثمن للبائع فيباشر أصحاب هذه الحقوق مالهم من أولوية على الثمن الذى يسترده المشترى – بمقتضى الشفعة – إن كانت حقوقهم مستحقة الأداء، أو تنتقل حقوقهم إلى هذا الثمن بمقتضى الحلول العينى إن لم تكن مستحقة الأداء [2].

– **قبل سجيل إعلان الرغبة** : تسرى في حق الشفيع تصرفات المشترى والحقوق التي ترتبت ضده.

مشكلة توالى البيوع : تنص المادة ٩٣٨ مدنى على أنه « إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثاني وبالشروط التي اشترى بها ».

---

(١) إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٨٧، منصور مصطفى مصطفى، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٥، عبد المنعم فرة الصدة، فقرة ٣٠٤، ص ٤٩٤، السنهورى، جـ ٩ ، فقرة ١٧٢، ص ٥١٩، جمال الدين زكى، فقرة ٢٢٨، ص ٤٢٠، قارن حسن كيرة، فقرة ٣٤٥، ص ٦١٧، هامش ١، حيث يرى أن ذلك يتنافى مع أن الشفيع لايملك بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة. (في البيع الأول) – الرجوع في ذلك بإرادته المنفردة طبقاً لوجهة نظره.

(٢) منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٥.

يتضح من ذلك أنه إذا باع المشترى العقار قبل إعلان أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإن هذا البيع يسرى فى حق الشفيع ولايجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها، وإذا توالت البيوع بعد ذلك تطبق نفس القاعدة. لكن تطبيق هذه القاعدة مشروط بشرطين:

الأول : نص عليه المشرع فى المادة ٩٣٨ مدنى وهو أن يكون البيع الثانى مما تجوز الشفعة فيه.

والثانى : اشترطه القضاء وهو ألا يكون البيع الثانى صورياً [١].

وعلى ذلك يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض :

الفرض الأول : إذا كان البيع الثانى حقيقياً وتجوز فيه الشفعة وقد تم قبل إعلان أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع [٢] ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها. ومقتضى ذلك أن يقوم الشفيع بتوجيه الإجراءات إلى كل من المشترى الأول بصفته بائعاً والمشترى الثانى، بصفته المشفوع منه، ولايلزم إختصام البائع الأول [٣] ولا يلزم أن يكون البيع الثانى مسجلاً، فيكفى أن يكون قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة [٤] بل

---

(١) نقض ١٩٨١/١/٦ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ١١٠ ، ١٩٨١/٢/٢٦ ، س ٣٢، ص٦٧٧ ، ١٩٨١/٥/٢٧ ، س ٣٢، ص ١٦٢٧ ، ١٩٩٢/١/٢٩ ، الطعن رقم ٩١٦ سنة ٥٧ ق، ١٩٩٢/١١/٢٤ ، الطعن رقم ١٣٣٨ ، سنة ٥٧ ق.

(٢) نقض ١٩٧٨/١٢/١٢ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩ ، ص ١٨٩١ ، ١٩٧٨/٢/٢٨ ، ص ٢٩ ، ص ٦٢٢ .

(٣) نقض ١٩٥٣/٥/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض، س ٤ ، ص ١٠٩٠ ، نقض ١٩٥٤/٣/٤ ، س ٥ ، ص ٥٨٣ .

(٤) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥ ، ص ٣٤٧ ، السنهورى، الوسيط ، جـ ٩ ، فقرة ١٧٢ ، ص ٥٢٣ ، ٥٢٤ ، حسن كيرة، فقرة ٣٤٥ ، ص ٦١٩ .

لايشترط أن يكون ثابت التاريخ (١) شأنه فى ذلك شأن البيع الأول المشفوع فيه، بل لايشترط أن يكون قد أنذر به رسمياً أو علم به علماً واقعياً (٢).

الفرض الثانى : إذا كان البيع الثانى حقيقياً قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة، ولكنه لايجوز فيه الشفعة (٣)، كما إذا باع المشترى العقار لشخص لا تجوز الشفعة ضده، كما لو باعه لأحد أصوله أو فروعه أو لزوجه أو لقريب لغاية الدرجة الرابعة أو لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية، فلا يجوز للشفيع فى هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة لا فى البيع الأول، حيث أنه لم يعد يعتد به (٤)، ولا فى البيع الثانى لقيام المانع. وهذا الفرض يكشف بجلاء أيضاً أهمية تسجيل إعلان الرغبة، لأن البيع الثانى أياً كان صفته لو كان قد تم بعد التسجيل فلا يسرى فى حق الشفيع ويبقى حقه فى الأخذ بالشفعة قائماً بالنسبة للبيع الأول فقط وعليه أن يستمر فى باقى إجراءات الشفعة.

الفرض الثالث : إذا كان البيع الثانى قد تم قبل إعلان أية رغبة فى الأخذ

(١) حسن كيرة، نفس المرجع ونفس الموضع، نقض ١٩٨٣/٦/١٢، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ١٤١٢. لكن يجب ألا يكون هذا التاريخ صورياً. ولذلك يشترط للإحتجاج بتاريخ عقد البيع الثانى فى حق الشفيع أن يكون هذا التاريخ ثابتاً قبل تاريخ تسجيل إعلان الرغبة حيث أن الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد طبقاً لقواعد الإثبات.

(٢) نقض ١٩٨٣/٦/١٢، السابق الإشارة إليه، نقض ١٩٩١/٤/٢٨، س ٤٢، ص ٩٨١، نقض ١٩٩٦/٣/٢٩، الطعن رقم ٩٠١، لسنة ٦١ ق، مجلة القضاة، السنة الثامنة والعشرون، العدد الأول والثانى، يناير - ديسمبر ١٩٩٦، ص ٤١٨.

(٣) ولايلزم أن يكون تصرف المشترى فى العقار بيعاً وإنما يجوز أن يكون تصرفه قبل تسجيل إعلان الرغبة تصرفاً لاتجوز الشفعة فيه كما لو وهبه أو قايض عليه، فهذه التصرفات ستسرى فى حق الشفيع وبالتالى لايجوز للشفيع الأخذ بالشفعة فى البيع الأول انظر فى ذلك منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٦، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٤٤، وانظر عكس ذلك محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٩٤، ص ٤٩٣.

(٤) إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٨٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٦، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٧٢، ص ٥٢١، حسن كيرة، فقرة ٣٤٥، ص ٦١٩.

بالشفعة أو قبل تسجيل إعلان هذه الرغبة ولكنه كان صورياً، فى هذه الحالة يكون للشفيع الذى يدعى صوريته، باعتباره من الغير، إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات [1]، **فإن أفلح اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى أو البيوع المتتالية، بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى** [2].

على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة هذا المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية، وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه [3]. **ويتحقق ذلك بإختصامه إبتداءً فى دعوى الشفعة أو بإدخاله أو بتدخله فى الدعوى دون إعتداد بأن يتم هذا الإدخال أو التدخل فى المواعيد المحددة لطلب الشفعة، وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل فى الإدعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية أو إنتفائها، وبصدور الحكم لصالح الشفيع بصورية عقد المشترى الثانى تصح إجراءات طلب الشفعة فى البيع الأول »** [4]. ويترتب على ذلك أنه « **لايقبل من المشترى الثانى**

---

(١) انظر صفحة ٥٦ ، ٥٧ ومابعدها.

(٢) نقض ١٩٧٩/١١/٢٧ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠ ، ع ٣ ، ص ٧٢ ، ١٩٨١/١/٦ ، س ٣٢، ص ١١٠، ١٩٨٢/٦/٢٤ ، س ٣٣، ص ٨٢٧، ١٩٨٣/١١/٢٤، س ٣٤، ص ١٦٧١ ، ١٩٨٥/٢/١٢ ، س ٣٦، ص ٢٥٩، ١٩٨٥/١٢/٣١، س ٣٦، ص ١٢٦٣، ١٩٨٩/١٢/٥ ، الطعن رقم ٧٧٨، سنة ٥٧ ق ، ١٩٩٢/٤/٢٨ ، الطعن رقم ٩٦٣، سنة ٥٣ ق ، ١٩٩٢/١١/٢٤ ، الطعن رقم ١٣٣٨ ، سنة ٥٧ ق.

(٣) نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩ ، ص ٦٢٢، ١٩٧٩/١١/٢٧ ، س ٣٠، ع ٣، ص ٧٢، ١٩٨١/٢/٢٦ ، س ٣٢، ص ٦٧٧، ١٩٨٣/١١/٢٤، س ٣٤، ص ١٦٧١، ١٩٨٥/٢/١٢ ، س ٣٦، ص ٢٥٩، ١٩٨٥/١٢/٣١، س ٣٦، ص ١٢٦٣، ١٩٨٩/١٢/٥ ، الطعن رقم ٧٧٨، سنة ٥٧ ق.

(٤) نقض ١٩٨٧/١١/١١ ، الطعن رقم ١٦٢ سنة ٥٤ ق ، ١٩٨٧/١٢/٢ ، الطعن رقم ٣١٥، سنة ٥١ ق ، ١٩٨٨/٤/٢٠ ، الطعن رقم ٦٠٤، سنة ٥٥ ق ، وهذا ماجرى عليه قضاء محكمة النقض، انظر نقض ١٩٨٥/٣/١٩ ، الطعن رقم ٨٧١، سنة ٥١ ق.

الطعن على إجراءات الشفعة فى هذا البيع لانعدام مصلحته القانونية فى الطعن عليها » [1] وأن حكم ضده لعدم صورية عقد المشترى الثانى يلزم الشفيع باتخاذ إجراءات الشفعة فى مواجهة المشترى الثانى ولا عبرة لما إتخذ من إجراءات بصدد البيع الأول .

لكن يبقى هناك سؤال يطرح نفسه فى حالة توالى البيوع هل يلزم إختصام كل المشترين الأخّيرين ؟؟ وإذا لم يختصموا أو لم يختصم أحدهم فهل تكون دعوى الشفعة غير مقبولة ؟

قد أجابت محكمة النقض على ذلك بأنه « يجب إختصام المشترى الأخير فى الدعوى وذلك لأن دعوى الشفعة لاتكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا » [2] . وقد أفاضت المحكمة فى ذلك فى حكمها الصادر فى ١٩٨١/٢/٢٦ [3] حيث قضت بأنه « على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة، فى حالة توالى البيوع، أن يستعمل حقه وفقاً لنص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى ضد المشترى الأخير وبالشروط التى إشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. إلا أن ذلك مشروط بألا يكون من البيع التالى للبيع الصادر من المالك للمشترى الأول صورياً. **فإذا أدعى الشفيع صورية العقد التالى للبيع الأول وأفلح فى إثبات ذلك أعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائماً، وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيوع المتتالية التى لا وجود لها، بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الأخير على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الأخير**

---

(١) نقض ١٩٨٩/١٢/٥ ، الطعن رقم ٧٧٨، سنة ٥٧ ق ، ١٩٩٢/٤/٢٨ ، الطعن رقم ٩٦٣، سنة ٥٣ ق.

(٢) نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩ ، ص ٦٢٢ .

(٣) مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٦٧٧ .

لأنه صاحب الشأن الأول فى نفى صورية عقد سلفه وإثبات حقه ليكون الحكم الذى يصدر بشأن هذا العقد حجة له أو عليه، ولما كانت دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون إختصام أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشترى وإن تعددوا، ولأن الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة لم تختصم أحد المشترين الأخيرين – رغم أن تاريخ عقده سابق تاريخ تسجيل الطاعنة إعلان رغبتها فى الأخذ بالشفعة – وهو صاحب شأن فى صورية العقد الصادر من سلف البائعتين له حتى يعتد بالتالى بعقده هو ، شأنه فى ذلك شأن باقى المشترين من هاتين البائعتين، وكان لمحكمة الموضوع أن ترفض ولو ضمناً طلب التحقيق الذى يطلب منها كلما رأت أنها ليست فى حاجة إليه بما لها من سلطة تامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة لها تقديماً صحيحاً وترجيح ما تطمئن إليه منها وإستخلاص ما تراه من واقع الدعوى، **وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى نتيجة صحيحة بعدم قبول دعوى الشفعة لعدم إختصام أحد المشترين الأخيرين**، فلا على محكمة الموضوع أن لا تحيل الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية طالما أن الدعوى غير مهيأة للحكم فى موضوعها، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بما جاء بهذين السببين يكون على غير أساس » .

وقد طبقت محكمة النقض نفس هذا المبدأ فى حالة بيع العقار من نفس البائع أكثر من مرة، فقضت بأنه « إذا بيع العقار من نفس البائع أكثر من مرة كان للشفيع أن يشفع فى أى من هذه البيوع طالما كانت ملكية هذا العقار مازالت للبائع، فإذا إنتقلت الملكية إلى مشتر آخر غير المشفوع منه بتسجيله عقده قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة فإن طلب الشفعة يكون غير مقبول لأن الشفعة سبب لكسب الملكية وفى هذه الحالة لاتؤدى إلى إنتقال الملكية إلى الشفيع، فإن أدعى صورية هذا العقد المسجل لايلتفت إلى إدعائه ما لم يختصم جميع المشترين فيه وإلا بقيت دعواه غير مقبولة .... » [1] .

(١) نقض ١٩٨٢/١٢/٣٠ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ١٢٨٩ .

فى كل هذه الأحكام كان الشغل الشاغل لمحكمتنا العليا أن تجعل للحكم الصادر بالصورية حجية على كل شخص تعلق له حق بالعقار المشفوع فيه وبالتالى حسم أى نزاع مستقبل يمكن أن يثور حول ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه. وهذا الإعتبار العملى جدير بالإهتمام سواء من جانب القضاء أو أصحاب الشأن، فمن ناحية سيخفف من على كاهل القضاة الدعاوى التى يمكن أن يرفعها المشترون فى البيوع المتتالية، فى حالة عدم إختصامهم، لأن حكم الصورية فى هذه الحالة لايكون له حجية عليهم. وخاصة وأنه قد يفلح أحد هؤلاء، فى هذه الحالة، فى الحصول على حكم بصحة ونفاذ عقده أخذاً فى الإعتبار أنه من الغير حسن النية، وذلك باعتباره خلفاً خاصاً، وهذا ما سيؤدى إلى تضارب الأحكام. ومن ناحية ثانية سيأمن الشفيع من أى منازعة مستقبلة يمكن أن تثار حول ملكيته للعقار المشفوع فيه.

ولذلك ننصح ، فى حالة الطعن بالصورية فى العقد التالى للعقد المشفوع فيه ، بإختصام جميع المشترين فى البيوع المتتالية، حتى لاتتعرض دعوى الشفعة لعدم القبول هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى حتى يكون للحكم الصادر بالصورية حجية فى مواجهة كل هؤلاء فيأمن الشفيع من إثارة أى منازعة مستقبلة حول ملكيته للعقار المشفوع فيه.

ولكن يبدو أن محكمة النقض بدأت تتحول عن هذا القضاء، حيث أنها قضت بأنه « إذا كانت الصورية المطلقة إن صحت ينعدم بها وجود عقد البيع قانوناً فلا تترتب آثاره ولاتنتقل بمقتضاه ملكية العقار إن سجل إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً منعدماً . **فإنه ينبنى على ذلك أن الشفيع إذا طعن بالصورية المطلقة على عقد المشترى الثانى فدفع هذا الأخير بعدم قبول الدعوى لأنه تصرف فى العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثالث لم يختصه الشفيع فى دعواه كان لزاماً على المحكمة قبل أن تفصل فى هذا الدفع أن تتصدى بداءة لبحث**

الطعن بالصورية وتدلى بكلمتها فيه حسماً له ذلك بأنه لو ثبت صورية عقد المشترى الثانى كان منعدماً غير منتج لأى أثر قانونى ولو كان مسجلاً فلا يكون لهذا المشترى فى مواجهة الشفيع ثمة حقوق تعلقت بالعقار المشفوع فيه ويغدو بالتالى غير مقبول منه أن يحتج قبله بتصرف صدر منه فى هذا العقار إلى مشتر ثالث » .

ويتضح من هذا الحكم أن محكمة النقض قد جعلت من الفصل فى صورية عقد المشترى الثانى مسألة لازمة قبل الفصل فى الدفع بعدم قبول دعوى الشفعة الذى أبداه المشترى الثانى لتصرفه فى العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثالث لم يختصمه الشفيع فى دعواه ، حيث أنه على ضوء نتيجة الفصل فى الصورية بالثبوت أو بالنفى يتوقف قبول الدعوى أو عدم قبولها.

وإذا كان هذا الحكم يستقيم من الناحية المنطقية إلا أنه يترك ثغرة عميقة من الناحية القانونية حيث أنه فى حالة ثبوت صورية عقد المشترى الثانى اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى وبما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى. ومع كل ذلك فإن الحكم بالصورية سيبقى بدون حجية فى مواجهة المشترى الثالث حيث أنه لم يكن طرفاً فى الدعوى ولم يختصم ولم يدخل أو يتدخل فيها مما يترتب على ذلك مايلى :

١ – أن المشترى الثالث يستطيع أن يتمسك بالعقد الظاهر باعتباره خلفاً خاصاً للمشترى الثانى، وخاصة وأن عقد هذا الأخير كان مسجلاً، وبالتالى يعتبر، بصفته هذه، من الغير بشرط أن يكون حسن النية وقت تعامله مع المشترى الثانى، وحسن النية مفترض وعلى من يدعى خلاف ذلك عبء إثباته [1]. وسيكون له بالتالى أن يرفع دعوى صحة ونفاذ عقده فإذا ماحصل على

(١) انظر فى ذلك نقض ١٩٧٢/١١/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٣، ع ٣ ، ص ١٢٨٥ .

حكم فيها يستطيع أن يسجله فتنتقل له الملكية وبذلك ينازع الشفيع فى ملكية العقار المشفوع فيه خاصة إذا ماقام بتسجيل حكمه قبل تسجيل الحكم بالشفعة.

٢ - أن المشترى الثالث يستطيع أن يكتسب ملكية العقار المشفوع فيه بالتقادم الخمسى وخاصة وأنه قد توافر له السبب الصحيح، فى حالة ما إذا سجل عقده، فإذا اقترنت حيازته للعقار بحسن نية ومضى خمس سنوات تكون اكتملت شروط هذا التقادم وبالتالى تتعطل الشفعة.

ويبدو لنا أنه يحدو المحكمة فى هذا القضاء بألا تجعل المشترى الثانى أن يحبط بفعله - ببيعه العقار المشفوع فيه مرة أخرى وتمسكه بالدفع بعدم قبول دعوى الشفعة لعدم إختصام المشترى الثالث - دعوى الشفعة وخاصة إذا ماكان سند ملكيته صورياً وثبت ذلك وبالتالى إنعدام مصلحته فى الطعن على إجراءات الشفعة فى البيع الأول (١).

لكن يجب ألا ينسينا كل هذا أن القانون قد وضع، فى المقابل، بين يدى الشفيع وسائل سهلة فعالة للحيلولة دون تعرضه لذلك : فمجرد إعلان الرغبة وتسجيلها يجعل البيع التالى لهذا التسجيل غير نافذ فى حقه وينعقد له الخيار

---

(١) نقض ١٩٨٩/١٢/٥، الطعن رقم ٧٧٨ ، سنة ٥٧ ق حيث قضت المحكمة بأنه « لما كان مناط التزام الشفيع بتوجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها - حتى يجوز له الأخذ بالشفعة وفقاً لنص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى - ألا يكون البيع الثانى صورياً، فإذا ادعى الشفيع فى مواجهة المشترى الثانى صورية عقد هذا المشترى، وأفلح فى إثبات هذه الصورية، اعتبر البيع الثانى غير موجود قانوناً، وكان البيع الأول هو وحده الذى يعتد به فى الشفعة، ولايقبل من المشترى الثانى الطعن على إجراءات الشفعة فى هذا البيع لانعدام مصلحته القانونية فى الطعن عليها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه - وعلى ماسلف الرد على السبب السابق - قد انتهى إلى صورية البيع الثانى صورية مطلقة بما يعتبر معه هذا البيع غير موجود قانوناً فلا يقبل من الطاعن - وهو المشترى بهذا البيع الصورى - أن يتمسك بما أثاره بهذا السبب من أسباب الطعن . انظر أيضاً نقض ١٩٩٢/٤/٢٨، الطعن رقم ٩٦٣ ، سنة ٥٣ ق.

بينهما للأخذ بالشفعة فى أيهما حسبما يراه محققاً لمصالحه. فإن لم يكن قد أعلن رغبته أو أعلنها ولم يكن قد سجلها ووقعت مثل هذا البيوع المتتالية فإنه يكفيه أن يطعن بصورية البيع التالى للعقد المشفوع فيه ويختصم المشترى فى العقد الثانى وغيره من المشترين ليتجنب أية مشاكل مستقبلة ومحتملة وخاصة وأنه غير مقيد فى ذلك، طبقاً لما جرت عليه أحكام محكمة النقض، بالمواعيد المحددة لطلب الشفعة على النحو السابق بيانه.

لذلك نحن نميل إلى إستمرار محكمتنا العليا على قضائها السابق لأنه من الناحية القانونية أكثر عدالة، كما أنه من الناحية العملية يحول دون تكدس القضايا وتضارب الأحكام ويحسم كل نزاع مستقبل يمكن أن يثار حول ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه.

لكن فى ظل أحكام محكمة النقض الأخيرة يقع على عاتق الشفيع عبء المبادرة باختصام كل المشترين الأخيرين فى دعوى الشفعة عند الطعن بالصورية فى العقد التالى للعقد المشفوع فيه حتى يكون الحكم بالصورية حجة فى مواجهة الجميع وبالتالى يقطع دابر كل نزاع مستقبل أو محتمل حول ملكيته للعقار المشفوع فيه.

- إنعكاس توالى البيوع للعقار المشفوع فيه على إجراءات التقاضى :

• نظم المشرع فى المواد ٩٤٠ إلى ٩٤٣ من القانون المدنى إجراءات الأخذ بالشفعة سواء فى إبداء الرغبة فيها أو فى رفع الدعوى بطلبها وهى إجراءات توجب تعيين المبيع الذى قام بسببه الحق فى الأخذ بالشفعة وتحديد شخص البائع والمشترى والثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، وإذ تعتبر العقود فى توالى البيوع فى العقار المشفوع فيه عقوداً متباينة كل منها قائم بذاته مستقل عن الآخر فى أشخاص المتعاقدين وشروط التعاقد **فإن الشفيع إذا ما حدد فى دعواه أمام محكمة أول درجة طلب الأخذ بالشفعة بالنسبة لعقد معين من هذه العقود المتتابعة فإنه**

يتحدد وفقاً لهذا العقد موضوع الحق المتداعى بشأنه والخصوم فى التداعى، فلا يجوز إذا ما قضى برفض دعواه أن يطلب فى الإستئناف الشفعة فى عقد بيع آخر إذ يعد ذلك تغييراً للطلب الذى كان مطروحاً أمام محكمة أول درجة مما لا يقبل لدى محكمة الإستئناف باعتباره طلباً جديداً فلا تثريب على هذه المحكمة إن أعرضت عن بحثه ولم تعر إلتفاتاً لدفاع يتصل به لخروجه عن نطاق الإستئناف المطروح » (1).

المرحلة الثانية : إيداع الثمن

إذا كان إعلان الرغبة يفيد عزم الشفيع على أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، إلا أن هذا وحده لايكفى وإنما يلزم المضى فى باقى الإجراءات وخلال المواعيد المحددة وإلا سقط الحق فى الشفعة. وعلى ذلك يجب أن يعقب إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إيداع الثمن خلال ميعاد معين وفى مكان معين. وذلك لضمان الجدية فى طلب الشفعة. ولكن يجب أن نحدد مايجب على الشفيع إيداعه، ثم نبين ميعاد ومكان الإيداع، وأخيراً نقف على جزاء الإخلال بأحكام الإيداع بالثمن.

أولاً : مايجب إيداعه :

وهنا سنجد أنه على الشفيع أن يودع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، ولكن لايلزم إيداع ملحقات الثمن وغير ذلك من مبالغ مستحقة للمشترى.

١ - يجب إيداع كل الثمن الحقيقى :

تنص المادة ٩٤٢ / ٢ مدنى على أنه « .... يجب أن يودع ..... كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ... » (2).

(١) نقض ١٩٨٩/٦/٢٩، الطعن رقم ٤٠٦ سنة ٥٧ ق.

(٢) نقض ١٩٨٣/٢/٣، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ٣٨٦، حيث قضت المحكمة بأن: =

والحكمة من إيداع الثمن هو ضمان الجدية فى طلب الشفعة، وقطع الطريق على المضاربين، حيث كان يتخذ من مجرد ثبوت الحق فى الشفعة وسيلة للإبتزاز والمساومة، فاستلزام المشرع إيداع الثمن كان الإجراء الحاسم فى قطع دابر هذه المساومات وإختفاءها.

وتطلب المشرع أن يكون الإيداع لكل الثمن الذى حصل به البيع وبالتالى فلا يكفى أن يودع الشفيع جزء من الثمن ولو كان معظمه، حتى ولو كان البائع قد منح المشترى أجلاً فى الوفاء ببعض الثمن [١].

وفى مقابل ذلك فإن الشفيع غير ملزم إلا بإيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، « ولذلك فإن إشتراط إيداع الثمن المسمى فى العقد ولو كان صورياً يعد قيد لايحتمله النص » [٢] وهذا النص يواجه الفرض الغالب حيث أنه غالباً ما يتوطأ البائع والمشترى على وضع ثمن فى العقد لا يمثل الحقيقة بقصد تعجيز الشفيع فى طلب الشفعة [٣]. لذلك أراد المشرع أن يعاملهم بنقيض قصدهما واستلزم من الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع والطعن بالصورية فى الثمن ولكن كل ذلك يتحمل الشفيع مخاطره وحده كما سوف نرى.

= «... إيداع كامل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فى الميعاد والكيفية التى حددها المشرع هو شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إذا أخل الشفيع، ويجيز لمحكمة النقض أن تثير ذلك من تلقاء نفسها باعتبارها مسألة متعلقة بالنظام العام متى كانت واردة على مارفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع » ، نقض ١٩٩١/٣/١٣، مجموعة أحكام النقض ، س ٤٢ ، ص ٧٢٧.

(١) نقض ١٩٦٣/١١/٧ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٤ ، ص ١٠١١.

(٢) نقض ١٩٨٠/٤/١ ، س ٣١، ص ١٠٠٦.

(٣) نقض ١٩٦٣/١٢/٥ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٤، ص ١١٣١.

وبصدد الطعن فى الثمن بالصورية من جانب الشفيع يجب أن نفرق بين فرضين :

الفرض الأول : إذا كان الشفيع يطعن فى الثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقى، وقام بإيداع الثمن الذى قدر أنه الثمن الحقيقى. عندئذٍ يقع عليه عبء إثبات هذه الصورية وله أن يثبتها بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن لأنه يعتبر من الغير فى خصوص الصورية على النحو السابق بيانه(١). ولكنه إذا عجز عن إثباتها اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانونا إن كان المبلغ الذى أودعه يقل عن الثمن المسمى فى العقد (٢) وبالتالى يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة ولايقبل منه تكملة الثمن بعد ذلك ويستفاد من ذلك أن الطعن بالصورية فى الثمن لايعفى الشفيع من إيداع هذا الثمن. لأنه لو أودع مايعتقد أنه الثمن الحقيقى فى هذه الحالة يكون مجازفاً فيتحمل خطر هذه المجازفة إذا أخفق فى إثبات هذه الصورية (٣).

---

(١) نقض ١٩٥٩/٤/٢ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ، ص ٣٠٣. واستخلاص الثمن الحقيقى من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، نقض ١٩٩٠/٣/١٥ ، الطعن رقم ١٢٢١ سنة ٥٨ ق . وانظر فى اعتبار الشفيع من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع المشفوع فيه ، نقض ١٩٦٥/١٢/٢٥ ، س ١٦ ،. ص ١٣٨٤ ، ١٩٦٦/١٠/١٨ ، س ١٧ ، ع ٤ ، ص ١٥٣٠ ، ١٩٧٠/٤/١٤ ، س ٢١ ، ع ٢ ، ص ٦١٨ ، ١٩٧٥/١١/٦ ، س ٢٦ ، ص ١٢٠١ ، ١٩٧٩/١٢/١٣ ، س ٣٠ ، ع ٢ ، ص ١٦١ ، ١٩٨٣/٥/٢٩ ، س ٣٤ ، ص ١٣٢٢ ، ١٩٩٢/٤/٢٨ ، الطعن رقم ٦٩٣ ، سنة ٥٣ ق.

(٢) نقض ١٩٦٣/١٢/٥ ، السابق الإشارة.

(٣) نقض ١٩٦٩/٥/١ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ، ص ٧٠٦. ومما تجدر الإشارة إليه أنه : «إذا كانت محكمة الموضوع قد أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات عقد شراء الطاعنين وكان الثابت أنها استخلصت من نتيجة هذا التحقيق ومن القرائن الأخرى التى استندت إليها أن هذا العقد جدى ولم تأخذ بالثمن الوارد به لما ثبت لها من أنه صورى فلا تناقض بين الأمرين ، نقض ١٩٥٩/٤/٢ ، س ١٠ ، ص ٣٠٣.

الفرض الثانى : إذا كان الثمن المذكور فى العقد أقل من الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فعلاً، وهذا متصور إذا كان البائع والمشترى جعلا الثمن المسمى فى العقد أقل من الثمن الحقيقى للتهرب من رسوم التسجيل مثلاً.

القاعدة فى هذا الصدد، هى أنه إذا كان الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع المشفوع فيه وبالتالى يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون الشفيع حسن النية، بمعنى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدين الإحتجاج عليه بهذا العقد [1].

وبناءً على ذلك إذا كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صورياً وأقل من الثمن الحقيقى فإن للشفيع - باعتباره من الغير فى هذا العقد - إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ولا يلزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه [2].

ولكن إذا لم يتوافر للشفيع وسيلة للعلم بالثمن الذى حصل به البيع لأنه لم يتم إنذاره من جانب البائع أو المشترى، كما أن المشترى لم يقم بتسجيل عقده. فهل يجازف ويدفع الثمن الذى يعتقد أنه يقابل قيمة العقار ؟ فى هذه الحالة إذا اتضح أن هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فهل يسقط حقه فى الشفعة أم يستطيع تكملة المبلغ المودع بعد معرفته بالثمن الحقيقى ؟؟

---

(١) نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠، مجموعة أحكام النقض، س ١٦، ص ١٣٨٤، ١٩٧٩/١٢/١٣، س ٣٠ ، ع ٣ ، ص ٢٦١. وانظر فى تفصيل ذلك كتابنا فى أحكام الإلتزام ص ١٦٩ ومابعدها.

(٢) نقض ١٩٧٥/١١/٢٧، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٥١٥. انظر ماسبق أن بيناه بصدد شروط العقد المشفوع فيه وبصفة خاصة إختلاف الفقه حول هذه المسألة.

سبق أن رأينا أن محكمة النقض قضت بأن الشفيعة لا تسأل عن التأخير فى إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين » [١]. ولذلك قد سارت محكمة النقض فى هذا الإتجاه وقررت صحة الإيداع الذى قام به الشفيع طالما أنه تم وفقاً للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها وسمحت للشفيع أن يقوم بتكملة الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع بعد معرفته به قبل رفع الدعوى [٢] ولا شك فى عدالة هذا القضاء لأنه يرشد الجزاء المقرر وهو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة ولا يحكم به إلا إذا كان هناك محل من الناحية القانونية للحكم به فحيث يعدم الشفيع الوسيلة لمعرفة بيان جوهرى متعلق بالعقد المشفوع فيه دون أن ينسب إليه خطأ أو تقصير فمن العدالة ألا يتعرض لمثل هذا الجزاء الشديد [٣].

٢ - لايلزم الشفيع بإيداع الملحقات أو غيرها من مبالغ مستحقة للمشترى :

ويقصد بالملحقات هنا، ملحقات الثمن أى المصروفات التى تم إنفاقها فى سبيل إتمام عقد البيع، كنفقات كتابة العقد ورسوم التوثيق أو التصديق على التوقيعات، ورسوم « الدمغة » ، وكذلك المصروفات الأخرى كالسمسرة وغيرها من المصروفات التى تحملها المشترى فى إتمام العقد [٤] والتى يجب على الشفيع أن يردها له.

---

(١) نقض ١٩٨٠/٢/٢١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٣١ ، ص ٥٨٣.

(٢) نقض ١٩٨٣/١٢/٢٩ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ١٩٩٣ ، ١٩٩٠/١١/٢٨ ، الطعن رقم ٢٤٩٢ لسنة ٥٧ ق.

(٣) وانظر فى تأييد هذا القضاء حسن كيرة، فقرة ٣٤٧، ص ٦٢٣، عزت حنورة، فقرة ١٦٨، ص ٢٥٥ ومابعدها.

(٤) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٤ ، فقرة ٤١٩، ص ٨٤٢، وللمؤلف عقد البيع ص ٤٥٦ ومابعدها.

أما المبالغ الأخرى التى يمكن أن تستحق للمشترى، فهى مقابل البناء أو الغراس والتى يلتزم الشفيع بدفعها للمشترى (م ٩٤٦ مدنى).

- **القاعدة بالنسبة للملحقات** : لايلزم الشفيع بإيداعها مع الثمن ولايترتب على عدم إيداعها سقوط حقه فى الشفعة. فالمادة ٩٤٢ مدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضماناً لجدية طلب الشفعة وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة بما يدل على أن الشارع تعمد فى القانون القائم - خلافاً لقانون الشفعة القديم - إغفال ملحقات الثمن مما يجب إيداعه، إكتفاءً منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون [(١)].

- والقاعدة أيضاً أنه لا يلزم الشفيع بإيداع أى مبالغ أخرى غير الثمن الحقيقى حتى ولو تعلقت بمقابل البناء أو الغراس الذى يجريه المشترى فى العقار المشفوع فيه والذى يحق للمشترى إقتضاءه من الشفيع (م ٩٤٦

---

(١) نقض ١٩٨٠/٦/٣ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ١٦٥٧ ، ١٩٨١/١/٨، س ٣٢، ص ١٣٢ ، ١٩٨٢/٣/٣١ ، الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٤٨ ق. وقد كانت محكمة النقض قد قضت بما يفيد أن الشفيع لايعفى من إيداع الملحقات إلا إذا كان لايعلم بها نقض ١٩٥٦/٥/١٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٧ ، ص ٦٠٧، ١٩٥٦/١٢/٢٠، س ٧، ص ١٠١٦ . وقد عدلت محكمة النقض عن ذلك وقررت صراحة أن القانون لايوجب إيداع الملحقات نقض ١٩٦٣/٢/٢١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٤٧، ص ٢٧٨، نقض ١٩٦٤/٢/٢١ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٤ ، ص ٢٧٨ ، واستقر قضاؤها على ذلك. انظر فى ذلك ١٩٧٤/٣/١٤، س ٢٥ ، ص ٥٠٢، ١٩٧٥/١١/٢٧، س ٢٦ ، ص ١٥١٥. لكن مما تجدر ملاحظته أن « دعوى الشفعة تتسع مع هذا لبحث النزاع الذى يقوم بين طرفى الخصومة حول إلزام الشفيع بأداء ملحقات الثمن من مصروفات رسمية أو غير رسمية بحيث يتعين على المحكمة أن تفصل فى هذه المنازعة سواء أثيرت من جانب الشفيع أو المشترى مادامت مطروحة عليها ... » نقض ١٩٨٥/٤/٩ ، س ٣٦، ص ٥٦٥.

مدنى) وذلك لأن المادة ٩٤٢ مدنى حددت مايجب على الشفيع إيداعه بأنه « كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة، وعبارة « كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع» لا تتسع لأن يكون المستحق للمشترى مقابل البناء أو الغراس هو مما يجب على الشفيع إيداعه، ومن ثم فإن عدم إيداع الشفيع لهذا المقابل لاينبنى عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة، إذ القول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من إجراءات الشفعة لايتطلبه القانون، وإعمال للجزاء فى غير النطاق الذى حدده » [1].

ثانياً : ميعاد ومكان الإيداع :

يجب أن يتوافر عدة شروط فى هذا الميعاد، كما أن المشرع قد حدد مكان محدداً لهذا الإيداع.

١ - يجب أن يتم الإيداع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة :

تنص المادة ٩٤٢ / ٢ مدنى على مايلى « وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ..... ».

وميعاد الثلاثين يوماً يعتبر ميعاداً ناقصاً أى يجب أن يتم الإيداع خلاله. وهو مدة سقوط لا مدة تقادم وبالتالى لايرد عليه الوقف ولا الإنقطاع. ويبدأ حساب الميعاد من تمام إعلان البائع والمشترى بالرغبة فى الأخذ بالشفعة، وإذا كان قد تم إعلان أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير [2] وطبقاً لقانون المرافعات يبدأ حساب الميعاد من اليوم التالى لتسليم إعلان الرغبة إلى البائع

(١) نقض ١٩٨٠/٦/٣، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ١٦٦٣.

(٢) نقض ١٩٨١/١/٢٦، الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٤٨ ق.

وللمشترى أو لآخر شخص من البائعين أو المشترين [1] وبصفة عامة هذا الميعاد يخضع فى كيفية حسابه وإضافة مواعيد مسافة إليه وغير ذلك لقواعد قانون المرافعات.

- الثمن المؤجل لايعفى الشفيع من الإيداع فى الميعاد :

وهذا الفرض يحدث عادة عندما يكون عقد البيع المشفوع فيه متضمناً أجلاً ممنوحاً للمشترى لدفع الثمن كله أو بعضه، وحيث أن إجراءات الشفعة بحسب مآلها ستؤدى إلى حلول الشفيع محل المشترى فى هذا العقد فقد يطلب الشفيع من البائع السماح له بالإنتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن فيوافق البائع على ذلك قبل إيداع الثمن خزانة المحكمة فهل هذا يعفى الشفيع من إيداع الثمن فى الميعاد إذا كان الثمن مازال مستحقاً للبائع ؟ أو هل هذا يسمح للشفيع بإيداع مايعادل المبلغ المستحق من الثمن للمشترى دون المستحق للبائع من هذا الثمن بدعوى موافقة البائع له على التأجيل ؟

بطبيعة الحال لايجوز للشفيع أن يفعل ذلك وإنما يجب عليه إيداع كامل الثمن الحقيقى فى الميعاد المحدد حيث هذا الإجراء شرط لقبول دعوى الشفعة ولا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون. كما أن هذا الإجراء لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائى، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشترى الذى عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضه. ولا تعارض بين إشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة ومابين ما نص عليه فى المادة ٢/٩٤٥ من القانون المدنى من أنه لايحق للشفيع الإنتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع، ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة، أى بعد

---

(١) نقض ١٩٨١/٤/٢٦، س ٣٢، ص ١٣٣٤.

أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة رضاء أو قضاءً ، ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له فى هذه الحالة أن يمنح الشفيع فى الوفاء به الأجل الممنوح للمشترى»[1].

٢ - ضرورة أسبقية إيداع الثمن لرفع الدعوى :

تنص المادة ٢/٩٤٢ على أنه يجب « .... مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة .... » مع ملاحظة أنه طبقاً لنص المادة ٩٤٣ مدنى أن دعوى الشفعة ترفع أيضاً خلال ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة.

فالسؤال الذى يطرح نفسه هل ترتيب إتخاذ الإجراءين على هذا النحو يفيد وجوب وجود فاصل زمنى بينهما أم يفيد التعاقب فقط ؟.

قد أجابت محكمة النقض،وبحق، أن هذا الترتيب يفيد التعاقب فى إتخاذ الإجراءين ولا عبرة بالفاصل الزمنى.

« فإذا كانت المادة ٢/٩٤٢ مدنى تضمنت شرطين أولهما : أن يودع الشفيع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة. والثانى : أن يكون هذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى. فقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية فى طلب الشفعة ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى فاشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق هو قيد آخر لايحتمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير فى الميعاد التى أخذ بها الشارع. أما التحدى بالمادة ٢٠ من قانون المرافعات فمردود بأن القانون قد شرط ميعادين أحدهما محدد بالأيام له بداية ونهاية والثانية غير محدد بالأيام وإنما بفاصل زمنى غير محدد وهو

(١) ١٩٦٣/١١/٧، مجموعة أحكام النقض، س ١٤، ص ١٠١١، ١٩٧٦/١/٢٩، س ١٩٧٦، ص ٣٤٧.

مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال حكم تلك المادة» .[1]

ويترتب على ذلك أنه يجب على المحكمة أن تتحقق من أن الإيداع قد تم قبل رفع دعوى الشفعة. ويكون ذلك عن طريق مايرد فى صحيفة لدعوى الشفعة من الإشارة إلى رقم قسيمة الإيداع وتاريخ الإيداع ورقم حافظة التوريد ورقم اليومية وغير ذلك من بيانات تسمح للمحكمة من التثبت على وجه اليقين من توفر هذا الشرط. وعلى ذلك فإن لم تستطع المحكمة من التثبت من ذلك بطريقة قاطعة كما لو أن لم تتضمن صحيفة الدعوى بيانات تفيد ذلك، سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة. ولذلك يجب على المتقاضين التحوط الشديد من هذا المجال.

- المكان الذى يجب أن يتم فيه الإيداع :

تنص المادة ٢/٩٤٢ مدنى عى أنه : « ..... يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار .... » وهذه المحكمة هى المختصة التى ترفع أمامها دعوى الشفعة (م ٩٣٢ مدنى) فإن لم يودع الثمن فى خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة سقط حق الأخذ بالشفعة [2].

وعلى ذلك إذا أودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة الجزئية دون المحكمة الإبتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والتى أحيلت إليها الدعوى لنظرها باتفاق الخصوم باعتبارها المحكمة المختصة بنظرها وإذا دفع أمامها بسقوط الحق فى الشفعة لعدم إيداع الثمن خزينتها ولم تعر المحكمة إهتماماً لهذا الدفع وقضت بأحقية الشفيع مع ذلك فى أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن

---

(١) نقض ١٩٦١/١٠/١٦ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٢، ص ٦١٩، ١٩٦٦/١٠/١٨، س ١٧، ص ١٥٣٠، ١٩٧٠/١٢/١٠، س ٢١، ص ١٢٢٧.

(٢) نقض ١٩٧٧/١٢/١٤ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ١٧٩٤.

المودع خزانة المحكمة الجزئية يكون حكمها قد خالف القانون وأخطأ فى تأويله وتفسيره[١].

فإيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة فى خلال الموعد المحدد هو إجراء من إجراءات الشفعة يجب أن يتم فى الميعاد وبالكيفية التى حددها، وهو شرط أساسى لقبول دعوى الشفعة مما يخول المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إن هو أخل بما أوجبه عليه الشارع فى خصوص إيداع الثمن [٢].

ثالثاً : جزاء مخالفة أحكام إيداع الثمن :

إذا لم يقم الشفيع بإيداع كامل الثمن الحقيقى، فيما عدا حالة عدم علمه اليقينى بالثمن [٣]، يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة. كما أن مجازفة الشفيع وإيداعه الثمن الذى يعتقد أنه الحقيقى عند طعنه بالصورية وعدم ثبوت هذه الصورية مما يجعله فى حكم من لم يودع كامل الثمن يسقط حقه أيضاً فى الأخذ بالشفعة.

كما لو أنه إذا لم يودع الثمن فى الميعاد المحدد، أو لم يودعه قبل رفع الدعوى، أو لم يودعه خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، سقط حقه فى الأخذ بالشفعة.

ويسقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة بصفة نهائية ولم يعدله الحق من معاودة هذه الإجراءات من جديد بصدد العقد المشفوع فيه [٤]. كما أن هذا

---

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٢٨، س ٢٩، ص ١٥٩٥.

(٢) ١٩٧٨/٦/٢٨، السابق الإشارة إليه، ١٩٨٢/٣/١٨، س ٣٣، ص ٥٧٢.

(٣) نقض ١٩٨٣/١٢/٢٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ١٩٩٣.

(٤) نقض ١٩٥٤/٥/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ٥، رقم ١٣١، ص ٨٦٧، فقد قضت محكمة النقض بأنه : « لما كان القانون المدنى الجديد قد وضع نظاماً مستحدثاً لإجراءات =

الجزاء يتعلق بالنظام العام. ويعتبر شرطاً لقبول دعوى الشفعة وبالتالى يكون للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. كما يجوز لمحكمة النقض أن تثير ذلك فى الطعن باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على مارفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع[1].

المرحلة الثالثة : رفع الدعوى

تمهيد وتقسيم :

رفع الدعوى خاتمة لسلسلة من الإجراءات والمواعيد المرتبطة بعضها بالبعض إرتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق إذ ينص القانون على وجوب إتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة، وكانت تبدأ جميعاً من جانب الشفيع من تاريخ إعلان الرغبة. ولاستكمال إجراءات الشفعة يجب أن نقف على كيفية وميعاد رفع دعوى الشفعة ونحدد الأشخاص التى ترفع عليهم، ثم نبين المحكمة المختصة.

أولاً : كيفية وميعاد رفع دعوى الشفعة :

تنص المادة ٩٤٣ مدنى على أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول. ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة ».

= الشفعة نص عليه فى المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ . وكانت إجراءات هذا التنظيم ومواعيده مرتبطة بعضها بالبعض إرتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق إذ ينص القانون على وجوب إتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة ... ».

(1) نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ١٥٩٥ ، ١٩٨٣/٢/٢، س ٣٤، ص ٣٨٦ .

١ - كيفية رفعها :

يتضح من ذلك أن القانون المدنى لم يعرض للقواعد الخاصة بكيفية رفع الدعوى وإنما حدد فقط الميعاد الذى يجب أن ترفع خلاله والمحكمة المختصة بنظرها. وعلى ذلك يجب الرجوع فى كيفية رفع دعوى الشفعة إلى قانون المرافعات. وطبقاً لنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات تعتبر دعوى الشفعة مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة[1]. ويتولى قلم الكتاب قيد الدعوى بالجدول فى ذات اليوم (م ٦٧ من قانون المرافعات).

وعلى ذلك فإنه يجب على الشفيع أن يودع أولاً كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار ثم يعد صحيفة الدعوى والصور المطلوبة منها ويضمنها مايفيد قيامه بإيداع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة بأن يذكر رقم قسيمة التوريد وتاريخها ورقم الوديعة ثم يقدمها إلى قلم كتاب المحكمة المختصة. بعد أن يؤدى رسم الدعوى كاملاً. يقوم قلم الكتاب قيد الدعوى فى ذات يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها.

وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها للمدعى ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب (م ٦٧) وبهذا يتم قيد الدعوى وتعتبر دعوى الشفعة مرفوعة بمجرد إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة بعد أداء الرسم المستحق عليها.

---

(١) نقض ١٩٨٠/٦/٣، س ٣١، ص ١٦٦٣، ١٩٨١/٦/١٦، طعن ٥٦٦، سنة ٤٧ ق، ١٩٨٤/٤/١٧، الطعنان ٥٥٦، ٥٥٧ سنة ٤٧ ق.

٢ - ميعاد رفع الدعوى :

يجب أن ترفع دعوى الشفعة وتقيد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى. وهذا الميعاد يجب أن يتم فيه إجراءان على التوالى إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، ثم رفع الدعوى وقيدها.

ويبدأ سريان ميعاد الثلاثين يوماً المقرر رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى خلاله من تمام إعلان كليهما بالرغبة فى الأخذ بالشفعة ومن ثم فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير (١). ويتم حساب الميعاد من اليوم التالى لتسليم إعلان الرغبة إلى البائع أو المشترى أو لآخر شخص من البائعين أو المشترين. ويخضع هذا الميعاد للإمتداد ولإضافة مواعيد مسافة طبقاً لأحكام قانون المرافعات.

ويكون إعلان صحيفة دعوى الشفعة فى موطن كل من المشترى والبائع. وإذا لم يستدل الشفيع على موطن البائع بسبب تواطؤه مع المشترى لإخفائه، فيجب عليه إتخاذ الإجراء القانونى الذى يؤدى إلى إتمام إعلانه خلال المدة الباقية لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة الورقة إلى النيابة (٢).

وليس هناك مايمنع من القيام بإيداع الثمن خزانة المحكمة ثم رفع الدعوى فى نفس اليوم مع مراعاة التعاقب فى الإجراءين على النحو السابق بيانه وإلا سقط الحق فى الشفعة.

---

(١) نقض ١٩٨١/٤/٢٩ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ١٣٣٤ ، ١٩٨١/١/٢٦، الطعن ٤١٨ سنة ٤٨ ق.

(٢) نقض ١٩٦٥/١١/٩ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٦ ، ص ٩٩٧.

وسبق أن رأينا أن : « كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ من القانون المدنى فى إعلان الرغبة أن يكون رسمياً ، ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته فى ذات إعلان الصحيفة، ما دام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة » [(١)].

وهذا الإختصار فى الإجراءات محفوف بالمخاطر إذ يجب مراعاة مايلى :

أولاً : يجب أن يتم رفع الدعوى بعد إيداع الثمن خزانة المحكمة وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة.

ثانياً : يجب أن يتم بالفعل إعلان الرغبة مما يستلزم عدم الوقوف عند إجراء رفع الدعوى، أى إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة وإنما يجب أن يتابع الشفيع ذلك ويتأكد بأنه قد تم تسليم البائع والمشترى إعلان الرغبة بالفعل فى الميعاد وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن مراعاة المواعيد.

ثالثاً : يجب أن يتم إعلان الرغبة على هذا النحو فى الميعاد. فإذا كان هناك إنذار فإنه يجب أن يتم إعلان صحيفة دعوى الشفعة المتضمنة إعلان الرغبة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار بوقوع البيع. فإن لم يكن هناك إنذار فخلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع.

رابعاً : يجب أن يتضمن إعلان صحيفة الدعوى كافة البيانات اللازمة لهذا الإعلان (أى إعلان الرغبة).

ثانياً : الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى :

إستلزم نص المادة ٩٤٣ مدنى رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشترى فى الميعاد المحدد .، وهذا منطقى حيث أن إجراءات الشفعة بحسب

---

(١) نقض ١٩٧٠/١٢/١٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢١، ص ١٢٢٧، ١٩٨٣/٥/٢٣، س٣٣، ص ٥٧٢.

مآلها ستنتهى إلى حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه وإلتزاماته قبل البائع. وفى حالة تعدد البائع أو المشترى أو تعددهما معاً ، يجب رفعها على كل البائعين وكل المشترين جميعاً دون إغفال أى منهم وإلا ترتب على هذا الإغفال سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة [1]. فإذا أخطأ فى شخص البائع أو المشترى أو لم يختصم أحد مما يجب إختصامه أو اختصم غير صاحب الصفة القانونية فى تمثيل أحدهما أو أحد هؤلاء فإنه يجب أن يصحح شكل الدعوى من حيث أشخاصها فى الميعاد وإلا حكم بعدم قبول الدعوى [2].

إذا كان عقد البيع الإبتدائى يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسباب الشفعة فإنه يكون من واجب الشفيع فى هذه الحالة أن يراقب ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير فى الصفة والحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذى أصبحوا عليه وقت إتخاذها [3] وبناء عليه إذا كان الشفيع لم يختصم فى الميعاد البائعين بأشخاصهم مع سبق إختصام والدهم بإعتباره ولياً طبيعياً عليهم بالرغم من بلوغ سن الرشد فإن حقه فى الأخذ بالشفعة يكون قد سقط » [4].

---

(١) حسن كيرة، فقرة ٣٥٢، ص ٦٢٨.

(٢) نقض ١٩٨١/٣/١٧ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٨٣٨./

(٣) نقض ١٩٨٣/٦/٣٠ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ١٥١٤ ، ١٩٨٤/٢/٨ ، س ٣٥، ص ٤٢٨.

(٤) نقض ١٩٨٣/٦/٣٠ السابق الإشارة إليه، ومع ذلك انظر حكم جرئ لمحكمة النقض وجدت أن العدالة تمليه ، نقض ١٩٩١/٥/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٤٢، ص ١١٩٣ ، حيث قضت المحكمة بأنه « إذا كانت المطعون ضدها الأولى قد أقامت الدعوى على الطاعن العاشر عن نفسه وبصفته وصياً على الطاعن السابع وأنه رغم بلوغ الأخير سن الرشد أثناء سير الخصومة أمام محكمة أول درجة – على ماهو ثابت من شهادة ميلاده التى تدل على بلوغه سن الرشد فى ١٩٧٩/٣/١٢ – وقبل صدور الحكم الإبتدائى فى ١٩٨١/٤/٣٠ فإن الطاعن العاشر لم ينبه المحكمة إلى ماطرأ على حالة المذكور من تغيير وظل يحضر عنه رغم بلوغه سن الرشد مما =

وعند توالى البيوع فإن الأمر يتوقف على تسجيل أو عدم تسجيل إعلان الرغبة، فإن كل البيوع التى تتم بعد تسجيل إعلان الرغبة لاتسرى فى حق الشفيع وبالتالى يظل حقه قائماً فى الأخذ بالشفعة بالنسبة للمشترى الأول وبالشروط التى اشترى بها ولكن هذا لايمنع من أن يطلب الشفعة فى البيع التالى إذ كان له مصلحة فى ذلك، لأن هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع، ولكن يجب فى هذه الحالة أن يباشر إجراءات مبتدأة فى مواجهة المشترى الثانى أو الأخير حسب الأحوال. ويراعى عند رفع دعوى الشفعة إختصام كل من يجب إختصامهم وإلا كانت دعواه غير مقبولة.

إذا لم يتم تسجيل إعلان الرغبة أو تم البيع قبل هذا التسجيل فى هذه الحالة. فإن البيع الثانى أو البيوع المتتالية تسرى فى حق الشفيع وبالتالى يجب على الشفيع إختصام المشترى الأول بصفته بائعاً والمشترى الثانى بصفته مشفوعاً منه ولايلزم إختصام البائع الأول. وتطبق نفس القاعدة عند توالى البيوع. هذا ما لم يكن العقد الثانى صورياً ويطعن الشفيع فيه بالصورية

= **يعد حضوره عنه أمام محكمة أول درجة منتجاً لآثاره القانونية بعد أن أصبح تمثيله له قائماً على أساس من النيابة الإتفاقية بعد أن كانت نيابته عنه قانونية، ولما كان ذلك وكان الطاعن العاشر قد التزم موقف التجهيل بالحالة التى طرأت على الطاعن السابع إلى مابعد صدور الحكم الإبتدائى عندما وجهت المطعون ضدها الأولى الاستئناف إليه بالصفة التى أقيمت بها الدعوى ابتداء والتى تحدد بموجب الحكم الصادر فيها أطراف الخصومة فى الإستئناف فإن إختصام الطاعن السابع فى الإستئناف ممثلاً بواسطة الطاعن العاشر يعد إختصاماً صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية إذ ليس للخصم أن يفيد من خطئه ولا أن ينقض ماتم على يديه »** وقد استمر الطاعن الأخير على موقف التجهيل أثناء سير الإستئناف إلى أن تمسك بذلك الدفع (الدفع بسقوط الحق فى الإستئناف بعدم إختصام الطاعن السابع فى صحيفة الإستئناف باعتباره أحد أطراف العقد ا لمشفوع فيه بعد بلوغه سن الرشد قبل صدور الحكم المستأنف) بجلسة ١٩٨١/١/٢٧ فقامت المطعون ضدها بإعلان الطاعن السابع بأصل صحيفة الإستئناف فى ١٩٨٢/٢/١١، ثم أعادت إعلانه فى ١٩٨٢/١١/١٥ ومن ثم فقد استقامت إجراءات تمثيله وإختصامه أمام محكمة الإستئناف.

فيجب عليه إختصام المشترى الثانى لحسم مسألة الصورية فى مواجهته على النحو السابق بيانه وفى هذه الحالة يجب مراعاة كل الإجراءات والمواعيد بالنسبة للبيع الأول وأن يختصم فى دعوى الشفعة طرفى هذا البيع البائع الأول والمشترى الأول.

وقاعدة وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار .... وإلا سقط الحق فيها (م ٩٤٣ مدنى) تدل على أنه لابد لقبول دعوى الشفعة من إختصام الشفيع والبائع والمشترى فى أول درجة والإستئناف والنقض، سواء كان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشترى، فإذا تعدد أى منهم وجب إختصامهم جميعاً كما يجب إختصام ورثة من يتوفى منهم، فإذا رفعها أيهم فى أى مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها، بما مؤداه أن إختصام البائع أو روثته فى الطعن بالنقض واجب قانوناً أياً كان موقفه من الخصومة فى درجتى التقاضى ولو أخذ منها موقفاً سلبياً » [1]. ولكن يجب مراعاة حكم المادة ٢/٢١٨ والمادة ٣/٢٥٣ من قانون المرافعات بالنسبة للطعن فى الحكم الصادر فى دعوى الشفعة.

فالمادة ٢/٢١٨ مرافعات تنص على أنه « إذا كان الحكم الصادر فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى إلتزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها إختصام أشخاص معينين (مثل دعوى الشفعة التى نحن بصددها)، جاز لمن فوت ميعاد الطعن **من المحكوم عليهم** أو قبل الحكم، أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه

---

(١) نقض ١٩٨٨/٥/٤، الطعن رقم ١٠٩٣، سنة ٥٤ ق ، وهذا ماجرت عليه محكمة النقض فى جميع أحكامها ١٩٥٦/٢/٩، س ٧، ص ٢١٣ و ١٩٦١,٤,١٧، س ١٢، ص ٤٢٠، ١٩٦٩/١/٢٥، سن ١٩، ص ١٦٤، ١٩٨١/٣/١٧، س ٣٢، ص ٨٣٨، ١٩٨٨/١/٢٧، الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٥٣ ق.

فى طلباته، فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن بإختصامه فى الطعن، وإذا رفع الطعن على **أحد المحكوم لهم** فى الميعاد وجب إختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم » .

هذا النص يعرض لحكمين :

– **الحكم الأول** : خاص بالطعن المرفوع فى الميعاد **من أحد المحكوم عليهم أو بعضهم دون الباقين**. هذا النص أجاز لمن فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم منهم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه فى طلباته. فإذا لم يفعل ذلك فإن للمحكمة أن تأمر الطاعن بإختصامه أو إختصامهم فى الطعن فإن تقاعس عن ذلك قضت المحكمة بعدم قبول الطعن.

هذا الحكم يسرى على جميع طرق الطعن العادى منها وغير العادى تطبيقاً لذلك. إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً لصالح الشفيع ضد البائع والمشترى فإذا طعن أحدهما فى الحكم دون الآخر الذى فوت على نفسه الميعاد أو كان قد رضى بالحكم فإنه يجوز لهذا الأخير الطعن فى الحكم أثناء نظر الطعن الذى أقامه الآخر فى الميعاد وإن لم يفعل ذلك كان للمحكمة أن تأمر الطاعن بإختصامه فإن إمتثل لذلك الأمر إستقامت الخصومة وإن تقاعس عن ذلك حكمت بعدم قبول الطعن. وينطبق نفس الحكم فى التعدد، أى عند تعدد البائعين أو المشترين.

– **الحكم الثانى** : خاص برفع الطعن على **أحد المحكوم لهم أو بعضهم فى الميعاد دون الباقين**. هذا النص أوجب إختصام الباقين ولو بعد فوات الميعاد بالنسبة لهم.

هذا الحكم تم تخصيصه بمقتضى نص المادة ٣/٢٥٣ مرافعات بالنسبة للطعن بالنقض حيث ينص على أن « تشمل الصحيفة علاوة على

البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم .... فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلاً وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه » .

تطبيقاً لذلك إذا كان الحكم الصادر فى الإستئناف ضد الشفيع وقرر الطعن فيه بالنقض فإنه طبقاً لهذا النص يجب أن يذكر أسماء جميع خصومه المحكوم لهم وصفاتهم وموطن كل منهم **فى صلب صحيفة الطعن ذاته وإلا كان باطلاً**. مقتضى ذلك أنه لايجدى الشفيع نفعاً الإستناد إلى الحكم الوارد فى نهاية الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ مرافعات ليستدرك ما فاته من عدم ذكر أسم أحد الخصوم المحكوم لهم فى طلب صحيفة الطعن ذاته بإختصامه حتى ولو فى الميعاد.

ومما تجدر ملاحظته أن حكم نص المادة ٢/٢١٨ مرافعات قاصر فقط على حالات عدم شمول خصومة الطعن إبتداء لمن كان يجب أن يكون من بين أطرافها. وعلى ذلك لاينصرف حكم هذا النص إلى الحالة التى تشمل خصومة الطعن إبتداء كل من يجب أن يكون من بين أطرافها ثم يبطل إختصام أحد أو بعض هؤلاء، أى لايجوز الإستناد إلى هذا النص لفتح الباب لإختصامه أو إختصامهم من جديد حيث أن فى ذلك إهدار كل قيمة لجزاء البطلان المقرر فى هذه الحالة وتحميل للنص فوق ما يحتمل [١].

ثالثاً : المحكمة المختصة بدعوى الشفعة :

تنص المادة ٩٤٣ مدنى على أن « ترفع دعوى الشفعة .... أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار .... وإلا سقط الحق فيها » . وعلى ذلك يكون القانون المدنى قد حدد المحكمة المختصة محلياً بنظر دعوى الشفعة وبالتالى يكون هذا

(١) انظر فى نفس هذا المعنى : عزت حنورة، المرجع السابق ، فقرة ١٨٠ ، ص ٢٧٨ .

حكم خاص واجب الإعمال دون قواعد قانون المرافعات فى هذا الخصوص. وهذا الإختصاص يتعلق بالنظام العام ومخالفته تؤدى إلى سقوط الحق فى الشفعة.

لكن لم يتعرض المشرع، من القانون المدنى، لتحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظر دعوى الشفعة. لذلك وجب الرجوع إلى قواعد قانون المرافعات. طبقاً لنص المادة ١/٤٢ من قانون المرافعات أن : « تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً فى الدعاوى المدنية والتجارية التى لاتجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه ويكون حكمها إنتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لاتجاوز خمسمائة جنيه». وطبقاً لنص المادة ١/٤٧ مرافعات أن : « تختص المحكمة الإبتدائية بالحكم إبتدائياً فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية التى ليست من إختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها إنتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لاتجاوز خمسة آلاف جنيه».

ولكن كيف يتم تقدير قيمة دعوى الشفعة ؟ الإتجاه السائد فى الفقه أن يتحدد قيمة دعوى الشفعة بمقدار الثمن المذكور فى عقد البيع المشفوع فيه [(١)] على أساس أن دعوى الشفعة هى دعوى بالحلول فى تعاقد هو حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه وإلتزاماته الناشئة عن عقد البيع وليست من « الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات » التى تتحدد قيمتها بقيمة العقارات إذ لا يتحقق تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه إلا من بعد ونتيجة للحلول المذكور [(٢)].

---

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، فقرة ٤٥٣، ص ٤٤٥، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢١٩، ص ٦٧٥، لبيب شنب، فقرة ١١٢، ص ١١٥، جمال الدين زكى، فقرة ٦٢٣ ، ص ٤٨١، حسن كيرة، فقرة ٣٥٣، ص ٦٢٩.

(٢) حسن كيرة، فقرة ٣٥٣ ، ص ٦٣٠ ، وأشار إلى حكم نقض ١٩٨٣/٦/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، رقم ٢٨٦، ص ١٤٥٥.

ويذهب بعض الفقهاء [1] إلى أن دعوى الشفعة تقدر قيمتها بقيمة العقار (م ٣٧ مرافعات). على أساس أن دعوى الشفعة وإن لم تكن دعوى ملكية، إلا أنها تتعلق بملكية العقار المشفوع فيه. وهذا ما أكدته أيضاً المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فى تعليقها على المادة ٣٧ من أن المشرع إختار إصطلاح الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات حتى لاتنصرف إلى مجرد الدعاوى العينية العقارية، وإنما لكى تشمل دعاوى الشفعة وغيرها من الدعاوى التى تتصل بالملكية ولا تعد من قبيل الدعاوى العينية العقارية » .

ونحن نميل إلى الرأى الثانى لأن معيار تحديد قيمة الدعوى سيكون أكثر إنضباطاً وخاصة وأن الثمن المذكور فى العقد المشفوع فيه غالباً مايكون صورياً ويطعن بصوريته. كما أن إذا كان القانون المدنى لم يتعرض للإختصاص القيمى بنص خاص كما فعل بالنسبة للإختصاص المحلى فإن المرجع فى تحديد الإختصاص القيمى يكون قانون المرافعات والرأى الثانى هو الذى يتفق مع قواعد هذا القانون. وقد كانت محكمة النقض تأخذ بالرأى الأول ولكن يبدو أن المحكمة قد عدلت فى أحكامها الأخيرة عن هذا الرأى وأخذت بالرأى الثانى الذى نرجحه [2] .

---

(١) أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات، المجلد الأول – المرافعات المعارف ، ١٩٦٩، ص ١٣٠، عزت حنورة، فقرة ١٧٨، ص ٢٧١ ومابعدها.

(٢) نقض ١٩٨٣/١٢/١٩، الطعن رقم ١٥٨، سنة ٥٩ ق ، ١٩٨٤/١١/٢١، طعن ١١٦ سنة ٤٩ق، والحكم الأخير مشار إليه فى عزت حنورة، فقرة ١٧٨، ص ٢٧٢ ، هامش ٢٤. وقد صدر أخيراً حكماً حاسماً من محكمة النقض بكامل هيئتها ، الطعن رقم ٣١٢، سنة ٥٧ ق فى ١٩٨٨/٤/٢٧ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٥، ص ٣٧، قرر الأخذ بهذا الرأى. نقض ١٩٨٨/١٢/٢٩ ، الطعن رقم ٢٥٨٠، لسنة ٥٥٦ ق.

المبحث الثالث : سقوط الشفعة

تمهيد :

تنص المادة ٩٤٨ مدنى على أنه : « يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا نزلّ الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

(ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(جـ) فى الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون» المشرع لم يرد أن يحصر حالات سقوط الشفعة فى هذا النص وإنما ذكر ماكان يمكن أن يثور الشك حوله، كنزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، وحاله ما إذا لم يكن هناك إنذار فقرر ميعاد سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة وهو الأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع. أما أسباب السقوط الأخرى فقد سبق أن رأيناها على مدار دراستنا لشروط وإجراءات الشفعة. فرأينا أن الحق فى الأخذ بالشفعة يسقط إذا لم يقم الشفيع بإعلان رغبته خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار، إذا مضى خمسة عشر سنة على البيع دون إعلان الرغبة خلالها. أو عند زوال حق الشفيع أو إنتقاله إلى الغير أو تغيير محله بما يؤدى إلى تخلف سبب الشفعة، إذا ترتب على بطلان إجراء من إجراءات الشفعة، وعند مخالفة أحكام إيداع الثمن، وأحكام رفع الدعوى، على النحو السابق بيانه. ولم يبق لنا إلا التعرض بالتفصيل لنزول الشفيع عن حقه، وأثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة.

أولاً : نزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة :

سبق أن رأينا أن حق الشفعة حق إستثنائى تقرر على خلاف الأصل والقياس. كما أن هذا الحق الإستثنائى يحول دون ممارسة حق الملكية وحق التملك بحرية ولذلك أجاز المشرع نزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو

قبل البيع (م ٩٤٨ / أ مدنى). وبذلك جعل النزول عن حق محتمل جائز حتى يضيق من إستعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع.

وسنعرض للتعريف بالنزول عن حق الأخذ بالشفعة، ثم نبين نطاقه، وأخيراً كيفية التمسك به.

١ – التعريف به :

(أ) **ماهيته** : النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة تصرف قانونى بالإرادة المنفردة يؤدى إلى سقوط هذا الحق.

وهذا النزول لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه (م ٩١ مدنى).

(ب) **صوره وشكله** : وهذا النزول قد يكون بمقابل أو بدون مقابل [١] وقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً [٢]. والنزول الصريح يكون بطريقة مباشرة، باللفظ أو بالكتابة أو إتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود [٣]. وحيث أن النزول يتضمن معنى الإسقاط فإنه عندما يكون ضمنياً

---

(١) منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٤٩ ، ص ٣٥٣ ، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٦ ، ص ٤٦٦.

(٢) نقض ١٩٨٢/١١/١١ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣ ، ص ٨٩٧، ١٩٨٨/١١/١٥ ، الطعن رقم ١٣٩٠ ، سنة ٥٦ ق.

(٣) نقض ١٩٨٧/١٢/٢٩ ، الطعن رقم ٩٥٧ لسنة ٥٤ ق. حيث قضت المحكمة بأنه : « لئن كان تراخى الشفيع فى إتخاذ إجراءات الشفعة لايفيد بذاته نزوله عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابست هذا التراخى ظروف يستفاد منها بجلاء رغبة الشفيع عن إستعمال حق الشفعة – بإتيانه عملاً أو تصرفاً أو إتخاذ موقفاً لايدع مع ترخيه – مجالاً للشك فى دلالته على تلك الرغبة فإنه يكون قد نزل بذلك ضمنياً عن حقه فى الشفعة وسقط بهذا النزول الضمنى حقه فيها عملاً بنص المادة ٩٤٨ من القانون المدنى». والمحكمة تخلط بين إستخلاص التعبير الضمنى بوضوح من الظروف وبين إتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود باعتباره تعبيراً صريحاً لاضمنى.

يجب أن يستخلص بوضوح من الظروف [1]. أى يجب التشدد والحيطة فى إستخلاص التعبير الضمنى.

هذا النزول لايلزم فيه شكل خاص حتى ولو كان أثناء سير الدعوى، فلا يشترط فى هذا النزول أن يكون مسبوقاً بإبداء ترك الخصومة وفقاً للطريق الذى رسمه قانون المرافعات.

وذلك لأن النص على النزول ورد عاماً مطلقاً فلا محل لتقييده بشكل معين أثناء سير الدعوى. وفى القول بتطلب هذا الشرط إستحداث لحكم مغاير لم يأت به النص وتخصيص لعمومه بغير مخصص [2].

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٩٤٨ / أ مدنى أجازت النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة قبل البيع، وعلى ذلك فإذا أقام الشركاء المشتاعون بناء بقصد تمليك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عد هذا نزولاً منهم عن حقهم فى أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم لنصيبه فيها، وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين فى نظام تمليك الطوابق والشقق » [3].

---

(١) نقض ١٩٧٨/١/١٠ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩ ، ص ١١٥، ١٩٨٠/٥/٢٩، س ٣٢ ، ص ١٦٠٥، ١٩٨١/١/٨، س ٣٢ ، ص ١٣٢، ١٩٨٢/١١/٢٤، س ٣٣ ، ص ١٠٣٩، ١٩٨٤/١١/٢٥، س ٣٥، ص ١٨٩٤، نقض ١٩٨٨/١١/١٥، الطعن رقم ١٣٩٠، سنة ٥٦، نقض ١٩٩٢/١٢/١٠، الطعن رقم ٥٤ سنة ٥٨ ق. وقد أكدت المحكمة فى هذا الحكم ماتواترت على ترديده فى الأحكام السابقة بأن : « النزول الضمنى عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يكون – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – (١) بصدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتماً رغبته فى عدم إستعمال هذا الحق وإعتبار المشترى مالكاً نهائياً للمبيع، أو إتخاذه موقفاً يكشف بوضوح فى دلالته عن هذا النزول وأنه وإن كان إستخلاص ذلك من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الإستخلاص سائغاً مستمداً مما له أصل ثابت بأوراق الدعوى » .

(٢) نقض ١٩٧٤/٣/١٤، مجموعة أحكام النقض، س ٢٥ ، ص ٥٠٢ ، ١٩٨٢/١١/١١، س ٣٣، ص ٨٩٧.

(٣) نقض ١٩٧٨/٦/٧، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٩ ، ص ١٤٢٤، ١٩٨١/٣/١٩، س ٣٢، ص ٨٧٨.

٢ – نطاقه :

وسنعرض هنا لنطاق النزول من حيث الزمان، ثم نعرض بعد ذلك لنطاقه من حيث الأشخاص.

(أ) نطاق النزول من حيث الزمان :

والنزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة قد يكون مقدماً قبل البيع. وقد كان القضاء المصرى فى ظل قانون الشفعة السابق يذهب إلى عدم جواز النزول مقدماً عن الشفعة، لأنه لايصح النزول عن حق قبل نشوئه، وذلك وفقاً لما يذهب إليه الفقه الإسلامى [١].

وقد اتجهت محكمة النقض مع ذلك إلى جواز النزول مقدماً عن الحق فى الأخذ بالشفعة « ولايغير من هذا النظر أن محل الإلتزام حق محتمل الوجود متى كان الملتزم يعلم مقدماً كنه هذا الحق ومداه وأثر النزول عنه » [٢]، ثم جاء القانون المدنى الحالى بنص صريح فى هذه المسألة ويجيز هذا النزول ولو قبل البيع[٣] حتى يستطيع المشترى أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء[٤].

والغالب فى الحياة العملية أن يتم النزول عن الأخذ بالشفعة مقدماً. فقد يحصل هذا النزول بمقتضى إتفاق بين المشترى والشفيع قبل أن يقدم المشترى

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، فقرة ٥٣٦ ، محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٣٥٠ ، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٦٣، ص ٤٥٤.

(٢) نقض ١٩٥٢/٣/٢٠، مجموعة أحكام النقض، س ٣ ، ص ٦٥٨.

(٣) المقصود منه جواز محاجة الشفيع بما يكون قد صدر منه قبل البيع من إلتزام بعدم إستعمال حق الشفعة وبذلك يكون القانون قد حسم النزاع فى هذا الصدد نقض ١٩٦٠/٣/١٠، س ١١، ص٢١٣.

(٤) المذكرة الإيضاحية، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦، ص ٤٤٤.

على الشراء. وقد يكون مجرد شرط فى العقد ذاته الذى تملك الشفيع بموجبه العقار الذى يشفع به. ومثل ذلك مايجرى عليه العمل فى العقود التى تبرمها شركات إستصلاح الأراضى حيث أنها تشترط على من يشترى قطعة من أراضيها النزول مقدماً عن الحق فى الأخذ بالشفعة فى بيع القطع الأخرى (١).

ويجوز للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد إعلان الرغبة (٢). ويظل له الحق فى النزول إلى أن يثبت الحق فيها رضاء أو قضاء (٣). أما بعدذلك فلم يعد هناك حق فى الشفعة يجوز النزول عنه وإنما أصبح الشفيع طرفاً فى عقد البيع المشفوع فيه وبعد تسجيل العقد أو الحكم أصبح مالكاً للعقار المشفوع فيه.

والنص فى عقد البيع على تنازل المشترى عن إستعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو إستثناء من الأصل العام الذى يجيز الشفعة فى نطاق الحدود التى بينها القانون فلا يجوز التوسع فى تفسيره (٤) فإذا كان التنازل عن حق الشفعة مقصور على البيع الذى قد يصدر للغير من جاره المتنازل له والواقع على الأرض المجاورة فإن هذا لايتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشترى هذه الأرض (٥).

(ب) نطاق النزول من حيث الأشخاص :

إذا نزل الشفيع عن الحق فى الأخذ بالشفعة فإن هذا النزول يؤدى إلى

---

(١) نقض ١٩٥٢/٣/٢٠، س ٣ ، ص ٦٥٨، ١٩٥٥/٢/١٧، س ٦ ، ص ٧١٨.

(٢) انظر حسن كيرة، فقرة ٣٦٧، ص ٦٤٥ ، حيث يرى النزول عن الشفعة يظل جائزاً للشفيع إلى حين إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة.

(٣) محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٣٤٧ ، ص ٥٧٤ ، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٩، ص ٣٥٣ ، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٦ ، ص ٤٦٨.

(٤) نقض ١٩٥٥/٢/١٧، السابق الإشارة إليه.

(٥) ١٩٥٢/٣/٢٠، السابق الإشارة إليه.

عدم جواز مطالبته بالأخذ بالشفعة لسقوط الحق فيها، وهذا أمر مفهوم وواضح ولكن ما مدى أثر هذا النزول بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص ؟

- بالنسبة للخلف العام فإن النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة يعتبر من قبيل الإلتزامات وبالتالى يعتبر ديناً فى تركة المورث ويسأل عنه الورثة فى حدود هذه التركة ويجب الوفاء به عيناً قبل أن يخلص له حقه فى تلك التركة. وعلى ذلك إذا كان المورث قد نزل عن الأخذ بالشفعة كأن اشترى عقار والتزام فى عقد البيع بعدم طلب الشفعة عند بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار وبعد الوفاة اختص أحد الورثة بهذا العقار، ثم حدث أن بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار فإنه لايجوز لهذا الوارث أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد أن ثبت الحق فيها وذلك لسبق نزول المورث عنها، أما إذا كان المورث قد نفذ الإلتزام بعدم طلب الشفعة فى حياته فإن تم بيع العقار ولم يطلب الشفعة فيه فلا يكون على الورثة شئ، وإذا توفر لهم سبب من أسباب الشفعة خاص بهم بالنسبة للعقار الذى سبق وأن نزل المورث عن حق الأخذ بالشفعة فيه، فإنه يجوز لهم الحق فى الأخذ بالشفعة.

- أما بالنسبة للخلف الخاص، وهو من يتلقى من سلفه مالاً معيناً أو حقاً عينياً كان قائماً فى ذمة السلف، كالمشترى والموهوب له والموصى له بعين معينة .... إلخ. ومثال ذلك اشترى شخص قطعة أرض مستصلحة من شركة إستصلاح الأراضى والتزم فى عقد الشراء بعدم المطالبة بالشفعة عند بيع الشركة للقطع المجاورة، ثم قام المشترى ببيع هذه القطعة التى اشتراها إلى مشترٍ ثانٍ فهل يتقيد هذا المشترى بالنزول الصادر من سلفه ؟

يذهب الرأى السائد فى الفقه، بحق، إلى أن المشترى الثانى يتقيد بالنزول الصادر من سلفه طبقاً لنص المادة ١٤٦ مدنى والتى تنص على أنه « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه

الشئ، إذا كانت من مستلزماته. وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشئ إليه».

وتعتبر الإلتزامات التى عقدها السلف من مستلزمات الشئ إذا توافرت فيها شروط ثلاثة :

١ – أن يكون الإلتزام محدداً للشئ أى يقيد من إستعماله أو يحد من سلطات المالك عليه.

٢ – وأن يكون ليس فى الوسع أن ينفذه عيناً إلا من انتقل إليه الشئ.

٣ – وأن يكون الشئ هو محل الإعتبار فى تقريره فلم تراع فيه شخصية السلف [١].

وعلى ضوء ذلك نجد أن النزول عن الشفعة مقتضاه الإلتزام بعدم المطالبة بها، وهذا الإلتزام من شأنه أن يحد من حرية المتنازل فى مباشرة رخصة من الرخص التى تثبت له بوصفه مالكاً ، فهو من هذا يحد من حرية الإنتفاع بالمال ومن رخصة تملك هذا الشئ ومن ثم يعتبر محدداً للشئ ، كما أن تنفيذ هذا الإلتزام عيناً لايمكن أن يكون إلا من جانب مالك الشئ ، وأن هذا الإلتزام تقرر بالنظر إلى العقار المشفوع به لا إلى شخص الشفيع، لكل ذلك يعتبر هذا الإلتزام من مستلزمات الشئ وبالتالى ينتقل هذا الإلتزام إلى الخلف الخاص [٢] وبشرط أن يكون الخلف الخاص عالماً بهذا الإلتزام.

---

(١) انظر مؤلفنا مصادر الإلتزام، ص ٣٠٩.

(٢) عبد المنعم البدراوى، فقرة ٤٦١، ص ٤٧٧، إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٤٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٩، ص ٣٥٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٦، ص ٤٧٠، انظر عكس ذلك محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٣٤٨ ، ص ٥٧٥ ، عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٢٧٢ ، ص ٣٨١، حسن كيرة، فقرة ٣٦٧، ص ٦٤٥ ، عزت حنورة، فقرة ١٨٤، ص ٢٩٠.

٣ – كيفية التمسك به :

ويتم التمسك بالنزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة فى صورة دفع يدفع به البائع أو المشترى دعوى الشفعة التى يرفعها الشفيع. وهذا الدفع يجب أن يبدى فى صيغة صريحة جازمة تقرع سمع المحكمة فتدل على إصرار من أبداه على التمسك به دون غيره من الدفوع التى قد تختلط معه لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه لا بالتسمية التى تطلق عليه (١).

والدفع بتنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة لايجوز أن يتمسك به المشترى لأول مرة أمام محكمة النقض (٢).

ثانياً : أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة :

وهذا يتعلق بالفرض الذى يموت فيه الشفيع قبل أن يتم الأخذ بالشفعة، فالسؤال هل هذا الحق يسقط بالوفاة ، أم أنه ينتقل إلى الورثة بإنتقال العقار المشفوع به ؟.

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى ينص صراحة على إنتقال الشفعة بالميراث، ثم عدل هذا النص فى لجنة المراجعة وأصبح يقضى بعدم إنتقال الحق فى الشفعة. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إحتدم النقاش حول توارث حق الأخذ بالشفعة أدى فى النهاية إلى حذف النص وترك حكمه لاجتهاد القضاء (٣).

---

(١) نقض ١٩٧٥/١١/١٦ ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ، ص ١٤٨٢.

(٢) نقض ١٩٥٦/٣/١٥ ، مجموعة أحكام النقض، س ٧ ، ص ٣١٩.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ، ص ٣٤٥ ومابعدها.

والفقه مختلف حول هذه المسألة [(١)] ولكن الرأى السائد فقهاً [(٢)] وقضاء[(٣)] يذهب إلى أن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة لايسقط بموته، وإنما ينتقل إلى ورثته .

---

(١) انظر عرض تفصيلى لهذا الإختلاف فى الفقه الإسلامى وفقه القانون المدنى السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ١٦٣ ، ص ٤٥٢ ومابعدها.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٥٠ ، ص ٣٥٧، عبد المنعم فرج الصدة، ٢٠ فقرة ٢٨٨ ، ص ٤٧٥ ، لبيب شنب، فقرة ١٠٢ ، ص ١٠٦ ، حسن كيرة، فقرة ٣٦٩ ، ص ٦٤٦ – ٦٤٨ .

(٣) نقض ١٩٥٧/٣/٧ ، مجموعة أحكام النقض، س ٨ ، ص ٢١٤ ، ١٩٨١/٢/٢٤ ، س ٣٢، ص ٦١١ ، ١٩٨٧/١٠/٢١ ، الطعن رقم ١٧١٠ لسنة ٥٤ ق .

المبحث الرابع : آثار الشفعة

تمهيد وتقسيم :

إذا توفر سبب من أسباب الشفعة وشروطها فإن الشفيع يبدأ إجراءات الشفعة بإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى فإن المشترى يمكن أن يستجيب إلى هذه الرغبة وبالتالى تتم الشفعة بالتراضى وقد لايستجيب المشترى لهذه الرغبة فيضطر الشفيع أن يستكمل الإجراءات ليحصل فى النهاية على حكم يثبت له حقه فى الشفعة.

فإذا ما ثبت الحق فى الشفعة رضاء أو قضاء فإنه يترتب على ذلك حلول الشفيع محل المشترى فما له من حقوق وما عليه من إلتزامات فى مواجهة البائع. وينشأ عن هذه الحلول عدة آثار سواء على مستوى العلاقة بين المشترى والشفيع، أو فى العلاقة بين الشفيع والبائع، أو فى العلاقة بين الشفيع والغير الذى تصرف له المشترى فى العقار أو الذى رتب له حقاً عينياً عليه.

على ضوء ماتقدم يجب أن نعرض فى مطلب أول، لثبوت الحق فى الشفعة وأثره، ثم فى مطلب ثان، لآثار حلول المشترى محل الشفيع . ولنر كل ذلك بشئ من التفصيل.

المطلب الأول : ثبوت الحق فى الشفعة وأثره

وسنعرض هنا لثبوت الحق فى الشفعة رضاء أو قضاء، ثم نبين أن الأثر المباشر لذلك هو حلول المشترى محل الشفيع.

أولاً : ثبوت الحق فى الشفعة رضاء أو قضاء :

وبحسب تسلسل الأحداث أن إجراءات الشفعة تبدأ بإعلان الرغبة إلى كل من البائع والمشترى فرأينا أن المشترى قد يستجيب لهذه الرغبة ويتم التراضى على

الشفعة، وقد لايستجيب إلى هذه الرغبة فيضطر الشفيع المضى فى إجراءات الشفعة إلى أن يحصل على حكم يثبت له الحق فيها. ولنعرض لكل من الفرضين:

١ - ثبوت الشفعة بالتراضى :

عندما يتوفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة ويتحقق فى جانبه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فعليه أن يلج إجراءات الشفعة ويبدأ بالإجراء الأول والبديهى وهو إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى. وبذلك يكون الشفيع قد عبر عن إرادته بوضوح فى رغبته فى أخذ العقار المبيع بالشفعة. فى مواجهة هذا الموقف قد يقبل المشترى بالخروج من عقد البيع المشفوع فيه وإحلال الشفيع محله فتقع الشفعة.

لكن كيف تتم الشفعة بالتراضى من الناحية القانونية ؟ ونحن نرى أنه يكفى لإتمام الشفعة من الناحية القانونية والفنية رضاء المشترى بحلول الشفيع محله فيما له من حقوق وماعليه من التزامات فى مواجهة البائع [1]. لكن تمام الشفعة على هذا النحو لايجعلها نافذة فى حق البائع إلا بإجراءين معاً : الإجراء الأول بإعلانه الرغبة إذا هذا الإعلان وحده يكفى لنفاذ هذه الحلول بالنسبة لما للمشترى من حقوق طبقاً للقواعد العامة. حيث يستوى لدى البائع أن يكون دائنه المشترى أو الشفيع خاصة وأن عقد البيع ليس من العقود ذات الإعتبار الشخصى. لكن بالنسبة لنفاذ حلول الشفيع فيما على المشترى من إلتزامات لايكفى فيه هذا الإعلان وإنما يلزم له الإقرار من جانب البائع إذ شخص المدين دائماً وأبداً محل إعتبار من جانب الدائن فإذا توفر ذلك فإن الشفعة تكون قد تمت صحيحة نافذة وملزمة لكل من الشفيع والمشترى والبائع. ولذلك لايحق

---

(١) قارن السنهورى، الوسيط ، جـ ٩ ، فقرة ٢٢٥ ، ص ٧٠١ ، ٧٠٢ ، وانظر نقض ١٩٥٩/٥/١٤ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ، ص ٤٢٦.

للبائع أن ينازع فى ذلك فيما بعد [1] وبالتالى تستقر الشفعة للشفيع ويثبت له حقه فى أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة سواء سجل المشترى عقده أو لم يسجله[2].

وعلى ذلك نرى أنه يجب التفرقة بين الناحية الفنية بين تمام الشفعة، إذ يكفى فيه رضاء المشترى، ونفاذ الأخذ بالشفعة فى حق البائع حيث لايتم هذا النفاذ إلا بإقرار البائع وهذا الإقرار لازم بالنظر لحلول الشفيع محل المشترى فيما على هذا الأخير من إلتزامات فى مواجهة البائع. أما الحلول محل المشترى فيما له من حقوق فيكفى فيه إعلان الرغبة إلى البائع الذى سيظل قائماً إلى أن تتم الشفعة رضاء أو المضى فى باقى الإجراءات لتتم قضاء. وهذا الإتفاق على إتمام الشفعة يجب تسجيله حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع. وإذا تقاعس أى من البائع أو المشترى فى تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية يستطيع الشفيع أن يلجأ إلى دعوى صحة ونفاذ الإتفاق ليحصل على حكم فيها يقوم بتسجيله لتنتقل الملكية بهذا التسجيل ومن وقت القيام به إلى الشفيع [3].

٢ - ثبوت الشفعة بالتقاضى :

الفرض الغالب أن المشترى لايستجيب لرغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة وعندئذ يجب على الشفيع المضى فى الإجراءات على النحو السابق بيانه والتى

---

(١) محمد لبيب شنب، يرى أن رضاء المشترى يغنى الشفيع عن رفع الأمر للقضاء إلا إذا نازع البائع فى إستحقاق الشفيع الأخذ بالشفعة، فقرة ١٠٧.

(٢) قارن مصطفى الجمال، فقرة ٣١٦، حيث يرى أنه إذا لم يكن قد تم تسجيل العقد المشفوع فيه فإنه يلزم موافقة كل من البائع والمشترى، أما إذا كان هذا العقد قد سجل فيكفى موافقة المشترى للشفيع على الأخذ بالشفعة.

(٣) ويذهب رأى آخر إلى أن تمام الشفعة رضائياً يجب أن يتم بموافقة أطرافه الثلاثة البائع والمشترى والشفيع، كما هو الحال بالنسبة للشفعة القضائية، عزت حنورة، فقرة ١٩٢، ص ٣٠٦، ٣٠٧.

تنتهى برفع دعوى الشفعة أمام القضاء فى هذه الحالة ينظر القضاء دعوى الشفعة طبقاً للقواعد العامة فى قانون المرافعات إلى ينهى الأمر بصدور حكم فيها. بمجرد أن يصبح هذا الحكم نهائياً بثبوت الشفعة فإنه يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وبالتالى يجب تسجيله حتى تنتقل ملكية العقار إلى الشفيع (م ٩٤٤ مدنى).

ويذهب الرأى السائد فقهاً [١] وقضاءً [٢] إلى إعتبار أن هذا الحكم منشئ لحق الشفيع وليس مقرراً له. وهذا الرأى يتفق مع نصوص القانون المدنى فى هذا الصدد (م ٩٤٤ مدنى) كما أنه يتفق وحقيقة الواقع لأن الشفعة تؤدى إلى نزع العقار المشفوع فيه من المشترى على خلاف سنده الذى يخول له حق تملك هذا العقار هذا الوضع الجديد لايمكن أن يتم إلى بالتراضى أو بحكم القاضى. فالحكم لم يقرر وضعاً قائماً وإنما أنشأ وضعاً جديداً خلافاً لهذا الوضع القائم.

وعلى ذلك فإن الشفيع يتملك المبيع من وقت تسجيل الحكم بالشفعة أو تسجيل الإتفاق على الأخذ بالشفعة وما يترتب على ذلك من آثار على النحو الذى سوف نراه فيما بعد.

---

(١) انظر محمد كامل مرسى، جـ ٣ ، فقرة ٤٨٣ ، ص ٤٦٩ - ٤٧١ ، شفيق شحاته، فقرة ٢٧٦ ومابعدها، ص ٢٨٤ ومابعدها، إسماعيل غانم، جـ ٢ ، ص ٩٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٥٢ ، ص ٣٥٩ ومابعدها، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٩١، ص ٤٧٩ ومابعدها، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣١٠، ص ٤١٠ ومابعدها، محمد لبيب شنب، فقرة ١١٥، ص ١١٨ ومابعدها، وقارن السنهورى، الوسيط ، جـ ٩، فقرة ٢٣٤، ص ١٥٤١ ، محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ١١٥ ، ص ١١٨ ومابعدها، أنور سلطان، تعليق فى مجلة الحقوق، س ٢ ، ص ٦٦٩ ومابعدها. حسن كيرة، فقرة ٣٧١ ، ص ١٥٠، وفقرة ٣٧٥، ص ٩٥٥ ، ٦٥٦.

(٢) نقض ١٩٥٩/٥/١٤ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ، ص ٤٢٦ ، ١٩٦٤/٤/٩، س ١٥، ص ٥١٦، ١٩٧٠/٣/١٩، س ٢١ ، ص ٤٧٠ ، ١٩٨٤/١/١٩، س ٣٥، ص ٢٣٤، ١٩٨١/٣/١٢، س ٣٢ ، ص ٧٨٦.

ثانياً : حلول الشفيع محل المشترى :

١ - مصدر الحلول :

بمجرد أن يتم التراضى على الأخذ بالشفعة أو بصدور حكم بثبوت الحق فى الشفعة يحل الشفيع محل المشترى فيما له من حقوق وما عليه من إلتزامات فى مواجهة البائع[١].

وفى ذلك تنص المادة ١/٩٤٥ مدنى مصرى على أنه : « يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه وإلتزاماته » .

٢ - وقت الحلول :

يتم حلول الشفيع محل المشترى من تاريخ الحكم المثبت للشفعة أو من وقت التراضى على الأخذ بالشفعة. ويذهب بعض الفقهاء إلى هذا الحلول يتم من تاريخ إنعقاد عقد البيع المشفوع فيه وذلك على إعتبار هذا الحكم مقرراً لامنشئاً[٢]. ويذهب البعض الآخر إلى وقت الحلول يتحدد بتاريخ إعلان الرغبة[٣].

---

(١) انظر حسن كيرة، فقرة ٣٧١ ، ص ٦٥١ ومابعدها ، حيث يرى أن المصدر المنشئ لحلول الشفيع محل المشترى هو الإرادة المنفردة للشفيع. وبالتالى يعتبر التسليم بالشفعة من جانب المشترى أو صدور حكم من القاضى مجرد تقرير لترتب الحلول بإعلان الإرادة . وفى نفس هذا المعنى السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ٢٢٥ ، ص ٧٠٢.

(٢) السنهورى، الوسيط ، جـ ٩ ، فقرة ٢٢٥ ، ص ٧٠٣، وفقرة ٢٢٦ ، ص ٧٠٥ ، وفقرة ٢٣١ ، ص ٧٣١.

(٣) محمد كامل مرسى ، جـ ٣ ، ص ٤٦٧ ، هامش ١ ، أنور سلطان، التعليق السابق ، ص ٧١٤ ومابعدها، محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٣١٦، ص ٥٣٦، حسن كيرة، فقرة ٣٧٢ ، ص ٦٥٣.

٣ – المقصود بالحلول :

يقصد بالحلول أن الشفيـع يحل محل المشترى فى مركزه العقدى، أى فيـما له من حقوق وإلتزامات ودعاوى قبل البائع. وهذا يعنى أن الشفيع يحل محل المشـترى فى نفس العقد المشفوع فيه حيث لم يتغير فى الرابطة العقدية إلا أحد أطرافـها وهو المشترى مـع بقائها على حالها، إذ يصبح الشفيع بدلاً منه هو الطرف الآخر قبل البائع فى هذه الرابطة العقدية، وبالتالى لم ينشأ عقد بيع جديد لمجرد هـذا التغيير فى أطراف الرابطة العقدية [١] وهذا ليس بجديد فى القـانون المدنـى.

المطلب الثانى : آثار حلول الشفيع محل المشترى

يترتب على الأخذ بالشفعة أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه وإلتزاماته (م ٩٤٥ / ١ مدنى) ولهذا الحلول آثار سواء فى العلاقة بين المشترى والشفيع، أو فى العلاقة بين الشـفيع والبائع، أو فى العلاقة بين الشفيع والغير. ولنر ذلك بشئ من التفصيل :

أولاً : فى العلاقة بين الشفيع والمشترى :

– الفرض أنه قد تم تنفيذ العقد المشفوع فيه :

وهذه العـلاقة تتجسـد فيهـا أهـم آثار الأخـذ بالشفـعة. وهذه العلاقة لاتظهر أهميتها بشكل جلـى وواضـح إلا إذا تـم تنفـيذ عقد البيع المشفوع فيه، إذ فى هذه الحـالة سيـترتب الحلـول أثره بأن يقـوم المشـترى بتـسليم العقـار المشفـوع فيـه إلى الشفيع وفى مقابل ذلك يسترد المشترى الثمن وملحقاته من الشفيـع.

---

(١) انظر شفيق شحاته، فقرة ٢٧٧، ص ٢٨٦ ومابعدها، حيث يرى أن هناك عقداً جديداً قد تم.

١ - التزام المشترى بتسليم العقار للشفيع :

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة، رضاء أو قضاء ، فإنه يجب على المشترى تسليمه العقار بالحالة التى كان عليها وقت البيع (١). وعلى ذلك يجب أن نعرض لمصير ما أقامه المشترى من بناء أو غراس، ثم نقف على من تقع تبعة الهلاك بعد الأخذ بالشفعة، وأخيراً نعرف مدى حق الشفيع فى ثمار هذا العقار.

(أ) ما مصير ما أقامه المشترى من بناء أو غراس ؟

والفرض هنا أن المشترى قد تسلم العقار ليس هذا فحسب وإنما أقام عليه بناء أو غراس (٢) مما يطرح تساؤلاء هاماً عن مصير هذا البناء أو الغرس. لمعرفة الحكم فى هذه الحالة يجب التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه أو غرس فيه قبل إعلان الرغبة فى الشفعة. كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار مازاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (م ١/٩٤٦ مدنى). ويعتبر هذا حكم خاص بالنسبة لأحكام الإلتصاق، حيث أن الشفيع ليس له أن يطلب الإزالة، كما أن الخيار معقود للمشترى وبالتالى سيختار أكبر القيمتين المذكورتين ويكون الشفيع ملزماً بدفعها. وبذلك يكون المشترى

---

(١) إذا كان المشترى قد قام بتسجيل عقده فإنه يقع عليه فى هذه الحالة إلتزام بنقل ملكية العقار المشفوع فيه بصفة خاصة إذا كان الأخذ بالشفعة قد تم رضاءً على النحو السابق بيانه.

(٢) نقض ١٩٧٩/٣/٥ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠ ، ع ١ ، ص ٧٠٨، فإن ذلك لايحول دون الحكم للشفيع بأحقيته فى الشفعة طالما توافرت لديه أسبابها واستوفى إجراءاتها القانونية، والمشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الآثار المترتبة على الحكم بثبوت الشفعة م ٩٤٦ مدنى.

أفضل من مركز من يبنى أو يغرس فى ملك غيره وهو حسن النية حيث يخير مالك الأرض الذى يتملك بالإلتصاق بين القيمتين المذكورتين (م ٩٢٥ مدنى) وهو يختار بداهة أقل القيمتين.

الفرض الثانى : إما إذا كان البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة [1]، فإذا إختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » (م ٩٤٦ / ٢ مدنى). ويعتبر هذا حكم خاص أيضاً بالنسبة لأحكام الإلتصاق، حيث أن مركز المشترى، أفضل من مركز من يبنى أو يغرس فى ملك الغير وهو سئ النية، إذ فى هذه الحالة الأخيرة يلتزم مالك الأرض، إذا اختار إستبقاء المنشآت بأن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة وإما مازاد فى ثمن الأرض، (م ٩٢٤ مدنى) وهو يختار الأقل بطبيعة الحال.

(ب) على من تقع تبعة الهلاك ؟

الأصل فى العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية تقع تبعة الهلاك على المدين بالإلتزام بالتسليم. وعلى ذلك إذا هلك العقار بقوة قاهرة قبل أن يتسلمه الشفيع أو قبل إعذاره بتسلمه فتكون تبعة الهلاك على المشترى ويسترد الشفيع الثمن المودع من خزانة المحكمة. أما إذا كان العقار قد هلك بعد تسلمه من جانب الشفيع أو بعد إعذاره بتسلمه فإن تبعة هذا الهلاك تقع على الشفيع ولايحق له أن يسترد الثمن المودع من خزانة المحكمة إذ يصبح هذا الثمن من حق المشترى.

(جـ) مامدى حق الشفيع فى ثمار العقار ؟

الأصل أن ثمار العقار الذى أخذ بالشفعة من حق الشفيع. لكن من متى

---

(١) نقض ١٩٩١/٧/٢٥ الطعن رقم ٢٦٦٤ سنة ٥٦ ق.

يكون له الحق فى هذه الثمار ؟ اختلف الفقه حول هذا الموضوع. فهناك رأى يذهب إلى أن الشفيع له الحق فى هذه الثمار من وقت إنتقال الملكية، أى من تاريخ الحكم النهائى بالشفعة (١). وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض (٢). ومن يرى أن وقت التملك يكون من وقت إنعقاد العقد فإنه يطبق نفس الحكم على الثمار، ولكن يعفى المشترى - باعتباره حائزاً حسن النية - من رد الثمار من تاريخ البيع إلى حين إعلان الرغبة (٣) وعند من يقول بالتملك من تاريخ رفع دعوى الشفعة، تكون الثمار مستحقة من هذا التاريخ (٤).

ولكن غالبية الفقهاء تذهب، بحق، إلى أن الربط بين وقت التملك ووقت إستحقاق الثمار ليس له مايبرره فى ظل القانون الحالى حيث أن هذا القانون يوجب على الشفيع إيداع الثمن ولذلك ليس من المقبول أن يلزم الشفيع بهذا الإيداع مما يحرمه من إستعماله وفى الوقت نفسه يحرم من ثمار العقار. ولذلك، وحتى يتحقق التوازن اللازم، فإنه يجب أن تكون الثمار للشفيع من وقت إيداع الثمن (٥).

٢ - حق المشترى فى إسترداد الثمن والمصروفات من الشفيع :

إذا تمت الشفعة رضاء، بتسليم المشترى بحق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فإنه يكون من حق المشترى أن يسترد من الشفيع كل الثمن وملحقاته.

(١) عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣١ ، ص ٤١٢ ، عزت حنورة، فقرة ٢١٩ ، ص ٣٥٩ ومابعدهما.

(٢) نقض ١٩٥٩/٥/١٤ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ، ص ٤٢٦ ، ١٩٦٤/٤/٩، س ١٥، ص ٥١٦.

(٣) السنهورى، الوسيط، جـ ٩ ، فقرة ٢٤٥ ، ص ٧٧٣ ومابعدها.

(٤) محمد على عرفة، جـ ٢ ، فقرة ٣١٤ ، ص ٥٣٣.

(٥) إسماعيل غانم، هـ ٢ ، ص ٩٦ ومابعدها، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٩٣ ، ص ٤٨٢ ومابعدهما ، منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٥٤ ، ص ٣٦٣ ، قارن حسن كيرة، فقرة ٣٨٢ ، ص ٦٦٦ ، حيث يرفض الربط بين التملك وإستحقاق الثمار والربط بين وقتيهما إلا أنه يرى أن الثمار تستحق من وقت إعلان الرغبة وهو وقت الحلول ص ٧٦٧.

أما إذا تمت الشفعة قضاء، وذلك بعد إتمام إجراءات الشفعة التى من بينها إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، فإنه بعد الحكم فى هذه الدعوى يكون للمشترى إسترداد الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع خزانة المحكمة وهو غالباً مايكون معادلاً لهذا الثمن (1).

ولكن قد يودع الشفيع الثمن المسمى فى العقد بالرغم من صوريته خوفاً من مخاطر فشله فى إثبات الصورية فإذا ما نجح فى إثبات الصورية وقضت المحكمة بالثمن الحقيقى فإن المشترى ليس له إلا أن يسحب مايعادل هذا الثمن الحقيقى ومازاد يعتبر من حق الشفيع.

وفى جميع الأحوال يحق للمشترى أن يسترد ملحقات الثمن أى مصروفات البيع التى أنفقها، كرسم الدمغة والتسجيل ومقابل السمسرة وأتعاب المحاماة. وهذه المصروفات لم يكن يشملها الإيداع وبالتالى يحق للمشترى أن يطالب بها أثناء نظر دعوى الشفعة أو بدعوى مستقلة بعد ذلك (2).

ومن حق المشترى أيضاً إسترداد المصروفات الضرورية التى أنفقها على العقار من الشفيع، ولكن لايحق له إسترداد المصروفات الكمالية. أما المصروفات

---

(1) نقض ١٩٧٠/١/١٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢١ ، ع ١، ص ٤٧٠، حيث قضت المحكمة بأن « الشفعة رخصة تجيز تمليك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشترى والبائع بما قام عليه من الثمن والمؤن، والحكم الذى يصدر نهائياً بثبوتها يعتبر سند لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه وإلتزاماته. لما كان ذلك فإنه يجب على الحكم بهذه المثابة أن يعنى بتحديد الثمن الذى يلزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار سواء للبائع إذا لم يكن قد قبضه أو للمشترى إذا كان قد أداه . وإذا كان الحكم قد أغفل النص فى أسبابه ومنطوقه على الثمن الواجب على الشفيع دفعه لقاء إمتلاك العين المشفوع فيها، فإنه يكون قد خالف القانون، ولايغير من ذلك تقريره فى الأسباب أن الثمن مودع وغير متنازع فيه، إذ يتعين عليه أن يبين صاحب الحق فى هذا الثمن المودع » .

(2) نقض ١٩٨٥/٤/٩ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٦ ، ص ٥٦٥.

النافعة يحق للمشترى إسترداد ما أنفقه منها قبل إعلان الرغبة، أما ما أنفقه منها بعد هذا الإعلان فلا إلزام على الشفيع بردها ولكن له أن يطلب الإزالة، فإذا ما اختار استبقائها فعليه أن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة وإما زاد فى ثمن الأرض وهو يختار بطبيعة الحال أقل القيمتين. (م ٩٢٤ مدنى).

وللمشترى الحق فى حبس العقار إلى أن يسترد الثمن وملحقات والمصروفات الأخرى المستحقة من الشفيع.

ثانياً : فى العلاقة بين البائع والشفيع :

- الفرض بأن عقد البيع لم يتم تنفيذه :

من أثر حلول الشفيع محل المشترى فيما له من حقوق وما عليه من إلتزامات أن كل ذلك سيكون فى الرابطة العقدية القائمة بين المشترى والبائع والتى سيكون طرفها الثابت دائماً البائع. ولذلك فإنه بمقتضى هذا الحلول سيكون الشفيع هو الطرف الثانى فى هذه الرابطة مع البائع بدلاً من المشترى. ويترتب على ذلك أن يقوم البائع بالوفاء بكل إلتزامات الناشئة عن العقد قبل الشفيع، كتسليم المبيع، ونقل ملكيته، فى مقابل دفع الشفيع الثمن وملحقاته إذا لم يكن المشترى قد دفعه له من قبل. كما يلتزم البائع بالضمان، ضمان التعرض والإستحقاق وضمان العيوب الخفية.

١ - التزام البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته :

والفرض هنا أن عقد البيع المشفوع لم يتم تنفيذه. إذ فى هذه الحالة يقع على عاتق البائع الوفاء بكل الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد وأهمها بطبيعة الحال الإلتزام بالتسليم وما يتصل بهذا التسليم من أحكام على النحو السابق بيانه بالنسبة للمشترى. كما أنه يلتزم بنقل ملكية العقار وبصفة خاصة إذا ما ثبتت الشفعة بالتراضى على النحو السابق بيانه.

٢ - التزام الشفيع بدفع الثمن :

فإذا ما تمت الشفعة رضاء فإنه يجب على الشفيع دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشترى قد دفعه من قبل حينئذ سيكون الثمن مستحقاً للمشترى.

أما إذا تمت القسمة قضاء، فإن الفرض أن الشفيع قد قام بكل الإجراءات اللازمة للشفعة ومن بينها إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة فى هذه الحالة يكوّن للبائع سحب المبلغ المعادل للثمن، وهو غالباً ما يكون معادلاً له، لكن من المتصور أن يكون الثمن المودع أكبر من الثمن المحكوم به فى حالة إيداع الشفيع الثمن المسمى فى العقد ثم الطعن بالصورية ونجاحه فى إقامة الدليل عليها إذا لا يكون مستحقاً إلا الثمن الحقيقى وهو أقل بطبيعة الحال من الثمن المودع، وتكون الزيادة من حق الشفيع.

ويخرج المشرع عن مقتضى هذا الحلول ويقرر أنه لايحق للشفيع الإنتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع (م ٩٤٥ / ٢ مدنى) ويبرر ذلك أن الأجل ماهو إلا إئتمان، والإئتمان ليس إلا الثقة ولذلك فإن منح البائع الأجل للمشترى قد يكون مبنى على ثقة خاصة فى المشترى قد لاتتوافر فى الشفيع ولذلك جعل المشرع الأصل هو استحقاق الثمن ما لم يرتضى البائع السماح للشفيع الإستفادة من هذا الأجل.

٣ - التزام البائع بالضمان :

وهذا هو منطق الحلول حيث أن الشفيع هو الطرف الآخر فى علاقة البيع القائمة والتى حل فيها بمقتضى الأخذ بالشفعة محل المشترى. وبالتالى لايعتبر الشفيع خلفاً خاصاً للمشترى، وإنما هو خلف للبائع يتلقى منه العقار مباشرة ولذلك يستطيع الشفيع أن يطالب البائع بكل الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد. ومن أهم هذه الإلتزامات الإلتزام بالضمان. وفى ذلك تنص المادة ٩٤٥ مدنى

بقولها : «إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفيع، فليس للشفعة أن يرجع إلا على البائع».

والإلتزام بالضمان يشمل ضمان عدم تعرض البائع الفعلى أو القانونى وكذلك يشمل ضمان تعرض الغير القانونى طبقاً للقواعد العامة فى عقد البيع بشرط أن يكون للغير حقاً قائماً على البيع وقت البيع أو يكون قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع بنفسه.

كما أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية رغم عدم وجود نص لأنه نتيجة طبيعية للحلول (١).

ومنطق الحلول يفرض أيضاً أنه إذا كان العقد متضمناً لشرط يعدل أحكام الضمان سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط فإن هذا الشرط يسرى فى حق الشفيع طبقاً للقواعد العامة فى عقد البيع.

ثالثاً : فى العلاقة بين الشفيع والغير :

– مصير التصرفات التى أجراها المشترى على العقار والحقوق التى رتبها عليه:

سبق أن رأينا أن الخط الفاصل بين نفاذ هذه التصرفات وعدم نفاذها فى حق الشفيع هو تاريخ تسجيل إعلان الرغبة. وفى ذلك تنص المادة ٩٤٧ مدنى بقولها : « لايسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق إختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع يصدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ماكان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار » .

(١) أنظر فى افصيل ذلك مؤلفنا فى البيع ص ٣٨٤ وما بعدها.

وسنعرض لمصير هذه التصرفات قبل التسجيل وبعد التسجيل .

١ - مصير هذه التصرفات والحقوق قبل تسجيل إعلان الرغبة :

- **بالنسبة للتصرفات :** بمفهوم المخالفة لنص المادة ٩٤٧ مدنى تسرى فى حق الشفيع تصرفات المشترى إذا كانت قبل تسجيل إعلان الرغبة. وعلى ذلك إذا تصرف المشترى فى العقار بالهبة أو المقايضة فإن هذه التصرفات تسرى فى حق الشفيع [1]. ويترتب على ذلك أنه لايجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، لأن هذه التصرفات لايجوز الشفعة فيها.

وإذا باع المشترى العقار بيعاً تجوز فيه الشفعة، فيترتب على سريان هذا البيع فى حق الشفيع أنه لايجوز له أن يشفع إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها (م ٩٣٨ مدنى) . وعلى ذلك ينبغى على الشفيع أن يوجه إجراءات الشفعة إلى كل من المشترى الأول. بصفته بائعاً - والمشترى الثانى - بصفة مشفوعاً منه - ولا يلزم بطبيعة الحال إختصام البائع الأول. ولايشترط للأخذ بالشفعة فى هذا البيع الثانى أن يكون مسجلاً [2] ولكن يكفى أن يكون قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة.

وإذا كان البيع الثانى ينصب على جزء من العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة فإذا أراد الشفيع أن يشفع فى العقار كله فإنه يجب أن يتخذ إجراءات الشفعة فى مواجهة كل من البائع الأصلى والمشترى الأول - البائع فى البيع الثانى - أطراف البيع الأول والمشترى الثانى المشفوع منه فى المبيع. والشفيع له أن يقتصر على الأخذ بالشفعة بالنسبة لأحد الجزءين. فإذا أراد أن يقتصر على أخذ

---

(١) بشرط أن تكون قد تم تسجيلها لكى يمكن الإحتجاج بها فى مواجهة الشفيع، طبقاً لنص المادة ١/٩٣٤ ، مدنى وكذلك نص المادة ٩ ، ١٢ من قانون الشهر العقارى.

(٢) لأنه لا يشترط فى عقد البيع الأول وبالتالى لا يشترط فى أى عقد بيع مشفوع فيه آخر سواء كان ثانياً أو ثالثاً طبقاً لنص المادة ٩٣٥ مدنى والمادة ٩٣٨ من نفس القانون.

الجزء الذى لم يتم التصرف فيه فإنه يوجه إجراءات الشفعة إلى البائع الأصلى والمشترى الأول فقط. وعلى العكس إذا أراد أن يقتصر على أخذ الجزء الذى باعه المشترى الأول. فإنه يوجه إجراءات الشفعة إلى المشترى الأول – بصفة بائعاً – والمشترى الثانى. لكن يجب أن يتوافر شروط الشفعة بالنسبة إلى الجزء الذى ينبغى أخذه بالشفعة. وهذا يعنى أنه لو ترتب على هذه التجزئة أن أصبح الجزء الذى لم يتم بيعه أو الجزء الذى باعه غير مجاور لعقار الشفيع مثلاً فإنه لايجوز للشفيع فى هذه الحالة أن يأخذه وحده بالشفعة لانتفاء التلاصق.

– **بالنسبة للحقوق التى يرتبها المشترى على العقار** : إذا رتب المشترى للغير حقاً عينياً ، أصلياً كان أو تبعياً، على العقار وتم تسجيله أو قيده بحسب الأحوال قبل تسجيل إعلان الرغبة فإن هذا الحق ينفذ فى حق الشفيع ويتلقى العقار محملاً به.

وهذا لايمنع الشفيع من الرجوع على المشترى بما يقابل النقص فى قيمة العقار نتيجة لوجود هذا الحق، لأن الشفيع قد دفع للمشترى الثمن الذى دفعه فى العقار للبائع دون أن يكون محملاً بشئ من ذلك، فالمشترى ملتزم بتسلم العقار بالحالة التى كان عليها وقت البيع.

٢ – مصير هذه التصرفات والحقوق بعد تسجيل إعلان الرغبة :

إذا سجل الشفيع إعلان الرغبة، فيكون هذا الإعلان حجة على الغير، وبالتالى لايسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى أو أى حق ترتب ضده (م ٩٤٧ مدنى).

– تطبيقاً لذلك إذا باع المشترى العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا يسرى هذا البيع فى حق الشفيع، وبالتالى يبقى حقه فى الأخذ بالشفعة قائماً فى البيع الأول وبشروط هذا البيع ولا يلتزم بإدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة.

مع ملاحظة أن هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع وليس مفروضاً عليه كما سبق أن رأينا، وبالتالى له أن يأخذ بالشفعة فى أى من البيعين بحسب إختياره، وبحسب ما يراه محققاً لمصالحه مع مراعاة إتخاذ الإجراءات فى مواجهة من يريد الأخذ منه بالشفعة.

- أما بالنسبة للحقوق الأخرى التى يرتبها المشترى أو تترتب ضده بعد تسجيل إعلان الرغبة. كالرهن والإختصاص فهى لاتسرى فى حق الشفيع حتى ولو كانت مقيدة طالما كان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة، وبالتالى يتلقى الشفيع العقار - إذا ما حكم له بالشفعة - خالياً منها. ومع ذلك فإن هذه الحقوق لاتكون عديمة الأثر لأنها ستتعلق بالمقابل المالى للعقار والمتمثل فى الثمن الذى يسترده المشترى عن طريق سحب المبلغ المودع - وذلك إذا كان قد سبق المشترى ودفع الثمن للبائع - ويباشر أصحاب هذه الحقوق ما لهم من أولوية على هذا الثمن إذا كانت حقوقهم المضمونة مستحقة الأداء. فإن لم تكن مستحقة الأداء خصص هذا الثمن للوفاء بحقوقهم عند إستحقاقها.

خاتمة

- إقتراحات بالتعديل :

بعد الدراسة التفصيلية والمستفيضة لأحكام الشفعة فإننا نود أن نختم هذه الدراسة بعدة مقترحات الهدف منها تبسيط إجراءات الشفعة لتكون تحت نظر المشرع إذا ما عن له تعديل الأحكام القائمة لإعطائها الفاعلية اللازمة.

وتقوم هذه المقترحات على أساس ما إستجد فى المجال التشريعى وعلى السياسة التى إنتهجتها محكمة النقض فى ترشيد الجزاءات المقررة لمخالفة إجراءات الشفعة، وفى تبسيط هذه الإجراءات :

أولاً : من حيث المستجدات فى المجال التشريعى : إن إتساع نطاق تطبيق قانون السجل العينى، والذى يهدف بصفة أساسية إلى تنظيم الملكيات وتحقيق الإستقرار لها وحسم الكثير من المنازعات حولها، لابد وأن يكون له إنعكاساته الواضحة على إجراءات الشفعة.

ثانياً : من حيث السياسة التى إنتهجتها محكمة النقض : تعتبر خير معين فى تطوير أحكام الشفعة.

فعلى سبيل المثال سبق أن رأينا أن محكمة النقض تجيز أن يتم إعلان الرغبة فى ذات صحيفة دعوى الشفعة [1]. وبذلك يستطيع الشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأساً على كل من البائع والمشترى بشرط أن يتم إعلان صحيفة الدعوى فى هذه الحالة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة فى الأخذ بالشفعة حاصلاً فى الميعاد. وفى حالة عدم وجود إنذار ففى خلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيل العقد المشفوع فيه.

(١) نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ١٢٢٧.

– وفى حالة عدم الإنذار أو التسجيل مما يستعصى على الشفيع معرفة البيانات الدقيقة عن البائع والمشترى قد تساهلت محكمة النقض فى هذه الحالة ولم تحكم بسقوط الشفعة [١]. وكذلك الحال إذا لم يتسن للشفيع معرفة الثمن الذى تم به البيع من أى مصدر وأودع الثمن الذى قدره أنه هو الثمن المحتمل لهذا البيع فإن محكمة النقض سمحت له بتكملة الثمن الحقيقى [٢] بعد ذلك على النحو السابق بيانه.

– كما أن محكمة النقض اعتبرت أن إيداع الثمن قبل رفع الدعوى يفيد التعاقب فى إتخاذ الإجراءين ولا عبرة بالفاصل [٣] الزمنى بين الإجراءين لأن العلة من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى هو ضمان جدية طلب الشفعة. معنى ذلك أنه يمكن أن يتم إيداع الثمن يوم رفع دعوى الشفعة وأنه يجب أن تتحقق المحكمة من أن الإيداع قد تم قبل رفع الدعوى فقط.

وعلى ضوء ذلك نقترح مايلى :

١ – إن الإنعكاس الحتمى لاتساع نطاق تطبيق قانون السجل العينى وفلسفته يحتمان أن يكون عقد البيع المشفوع فيه مسجلاً.

٢ – إن سياسة محكمة النقض لها دلالة فى أنه يمكن الإستغناء كلية عن مرحلة إعلان الرغبة وما يترتب عليها من تعقيدات. كما أن العلة من إيداع

---

(١) نقض ١٩٨٠/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٥٨٣ حيث قضت المحكمة بأن الشفيعة لا تسأل عن التأخير ف إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين.

(٢) نقض ١٩٨٣/١٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ٣٤ ص ١٩٩٣، ١٩٩٠/١١/٢٨ الطعن رقم ٢٤٩٢ لسنة ٥٧ق. وقد أيد الفقه هذا الإتجاه إنظر حسن كيرة، فقرة ٣٤٧ ص ٦٢٣، عزت حنورة، فقرة ١٦٨ ص ٢٥٥ وما بعدها.

(٣) نقض ١٩٦٦/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٥٣٠، ١٩٧٠/١٢/١٠ س ٢١ ص ١٢٢٧.

الثمن، كما كشفت عنها محكمة النقض، تقتضى الإكتفاء بإيداع الثمن على أكثر تقدير يوم رفع الدعوى دون أدنى لزوم لفكرة التعاقب التى ينص عليها القانون حالياً.

يترتب على هذين المقترحين تعديلات جوهرية فى إجراءات الشفعة يمكن أن نجملها فيما يلى :

١ – إذا كان هناك إنذار سيوجهه المشترى أو البائع إلى الشفيع فإنه يجب أن يتم بعد تسجيل العقد المشفوع فيه. وسيكون الهدف من هذا الإنذار إعلان الشفيع بهذا التسجيل حتى يحدد موقفه ويتكشف الأمر بالنسبة لكل من المشترى والبائع.

٢ – بعد الإستغناء عن مرحلة إعلان الرغبة فإنه يجب أن يتم رفع دعوى الشفعة مباشرة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ هذا الإنذار وإلا سقط الحق فى الشفعة.

فإن لم يكن هناك إنذار فإنه يجب أن ترفع خلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيل العقد المشفوع فيه أو الحكم الصادر فى دعوى صحته ونفاذه فى السجل العينى وإلا سقط الحق فيها.

٣ – يجب تسجيل صحيفة دعوى الشفعة فى السجل العينى وهذا التسجيل تنحصر قيمته فى تحديد مصير التصرفات التى يأتيها المشترى فى العقار المشفوع فيه على غرار تسجيل إعلان الرغبة فى النص الحالى، ولذلك سيكون من مصلحة الشفيع المبادرة بإجرائه.

وعلى ذلك فإن عدم تسجيل صحيفة دعوى الشفعة أو التأخر فى إجرائه يمكن تصحيحه أثناء سير الدعوى ما لم يستلزم القانون مهلة معينة لهذا التسجيل أو يجعله شرطاً لقبول دعوى الشفعة ذاتها. فإن لم يشترط القانون ذلك فإن جزاء

عدم إجراء هذا التسجيل أو التأخر فى إجرائه ينحصر فقط فى سريان التصرفات التى يأتيها المشترى فى حق الشفيع ومايترتب على ذلك من آثار، كضرورة توجيه إجراءات الشفعة للمشترى الثانى مثلاً، أو إنتقال العقار المشفوع فيه مثقلاً بالحقوق العينية التى قررها المشترى قبل هذا التسجيل، ولكن إذا كانت هذه التصرفات تتعلق بنقل الملكية أو بترتيب حقوق عينية أصلية أو تبعية على العقار المشفوع فيه فإنه يلزم تسجيلها فى السجل العينى قبل تسجيل صحيفة دعوى الشفعة فى السجل العينى لتكون نافذة فى حق الشفيع. ولذلك إذا تم تسجيل هذه التصرفات بعد تسجيل صحيفة دعوى الشفعة فإنها لاتنفذ فى حق الشفيع بالرغم من إبرامها قبل تسجيل صحيفة الدعوى.

٤ – يجب أن يتم إيداع كل الثمن الحقيقى فى ميعاد غايته يوم رفع الدعوى دون إشتراط الأسبقية فى الإيداع على رفع الدعوى كما يتطلب ذلك القانون الحالى، المهم ألا يتأخر الإيداع عن هذا اليوم وإلا كانت الدعوى غير مقبولة حيث أن ذلك يتفق والعلة من إشتراط هذا الإيداع وهى التأكد من جدية طلب الشفعة.

٥ – إن أثر الشفعة رضاء أو قضاء سينحصر فى العلاقة بين الشفيع والمشترى وإن كان لهذا الأخير مصلحة دائماً فى إختصام البائع فى دعوى الضمان المرفوعة عليه من الشفيع. وسيقع دائماً على عاتق المشترى التزام بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع خاصة إذا ما تمت الشفعة رضاء، أما إذا ما تمت قضاء فإنه يكفى تسجيل الحكم الصادر فى دعوى الشفعة لتنتقل الملكية.

– قد يترتب على هذه الإقتراحات عقبة قانونية تتمثل فى عدم قيام المشترى بتسجيل عقد البيع المشفوع فيه حيث أنه لا تنتفح إجراءات الشفعة إلا بعد التسجيل :

فلا يكون هناك إمكانية للإنذار ، ولا سريان لمدة الأربعة أشهر عند عدم وجود الإنذار، فهل يقف الشفيع مشلول الحركة أمام هذا الموقف، حيث أنه لايجوز له طلب الشفعة إلا بالنسبة للعقد المسجل ؟؟

والسؤال الذى يطرح نفسه فى هذا الصدد هل يمكن التغلب على الموقف المتعنت من جانب المشترى عن طريق فتح باب الدعوى غير المباشرة للشفيع ؟

وأساس هذه الفكرة ينطلق من أن الشفيع يعتبر دائناً محتملاً للمشترى بحق الشفعة، وأن المشترى نفسه يعتبر دائناً للبائع بنقل حق ملكية المبيع ويمكن إلزامه بالتسجيل عندئذ يكون للشفيع أن يستعمل حق المشترى (مدينة) قبل البائع (مدين المشترى) لإلزامه بالتسجيل ومن ثم يستطيع أن يطالب بعد ذلك بما له من شفعة. ويترجم هذا كله فى أن الشفيع يستطيع إستعمال حق المشترى ، الذى أهمل فى إستعماله، نيابة عنه عن طريق الدعوى غير المباشرة لإلزام البائع بالتسجيل.

من وجهة نظرنا أن هذا التخريج ممكن إذا أخذنا بالتكييف الذى أنحزنا إليه فى المقدمة والذى يعتبر الشفعة حقاً من الحقوق الترخيصية أو المنشئة ذات الطبيعة الذاتية أو المستقلة Les droits potestatifs autonomes والتى لها قيمة مالية كما هو مستقر عليه فى الفقه الألمانى والإيطالى.

للمؤلف

- مؤلفات باللغة العربية :

١ - التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢.

٢ - القانون الزراعى - الملكية الزراعية - منشأة المعارف، ١٩٨٣.

٣ - التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

٤ - التضامم ومبدأ عدم إفتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٦.

٥ - نحو قانون خاص بالإئتمان، منشأة المعارف، ١٩٩٠.

٦ - الضمانات غير المسماة، منشأة المعارف، ١٩٩١ (هذا الكتاب حائز على جائزة الدولة التشجيعية عام ١٩٩٣).

٧ - نحو قانون للإفلاس المدنى، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩١.

٨- ظاهرة التكرار وأثرها فى نطاق القانون الخاص - مجلة الحقوق - السنة العشرون ، العدد الثانى ، ص ٣٠٧ - ٣٤٧ ، ١٩٩٠.

٩ - الشرط الجزائى فى التقنين المدنى المصرى والقانون الفرنسى الحديث - مجلة الحقوق - السنة العشرون ، العدد الثالث والرابع - صفحة ٣٧ ، ١٩٩٠.

١٠ - النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام، نظرية العقد، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩١.

١١ - النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩١.

١٢ - القانون الزراعى - الملكية الزراعية - والإيجار الزراعى - دار المعرفة الجامعية، ١٩٩٤.

١٣ – مبادئ القانون – لطلبة كلية التجارة – دار المعرفة الجامعية، ١٩٨٤ .

١٤ – علم الإجتماع القانونى والتشريعات الإجتماعية لطلبة قسم الإجتماع ، بكلية الآداب، دار المعرفة الجامعية، ١٩٨٣ .

١٥ – النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية – دار النهضة العربية، بيروت ، ١٩٩٥ .

١٦ – النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام – دار النهضة العربية – بيروت، ١٩٩٥.

١٧ – الإثبات فى المواد المدنية والتجارية – دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٥.

١٨ – الحقوق العينية الأصلية – الأحكام – دار النهضة العربية – بيروت ، ١٩٩٥.

١٩ – المدخل إلى القانون – نظرية الحق – دار النهضة العربية ، بيروت، ١٩٩٥.

٢٠ – الحقوق العينية الأصلية – أحكام ومصادر – دار النهضة العربية – بيروت، ١٩٩٧.

٢١ – العقود المسماة – عقد البيع – دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ .

– مؤلفات باللغة الفرنسية :

- La Suspension dans l'exécution du contrat, Thèse Dijon, 1980.

- Les investissements étrangers et la stratégie de dévéloppement en Egypte, mémoire D. E. A., en relations économiques internationales, 1979.

الفهرس

الصفحة

رقم الايداع
١٩٩٧ / ٧٨٢٣
الترقيم الدولى
I. S. B. N.
977-03-9876-4



المندرة قبلى خلف ٦٩ ش
د. النبوى المهندس - اسكندرية
☎ ٥٢٤٤٠٧٨